نهاية المطلب

في دراية المذهب

لإمام الحرمين

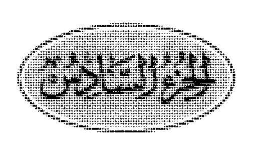
عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني

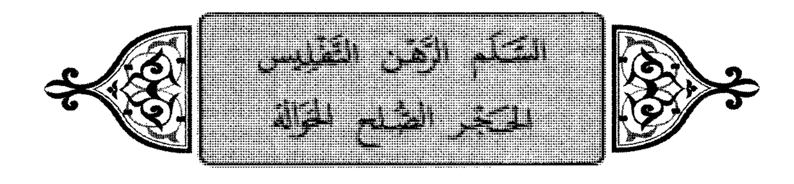
رحمه الله تعالى

(٤١٩-٤٧٨هـ)

حققه وصنع فهارسه

أ.د. عبد العظيم محمود الدّيب



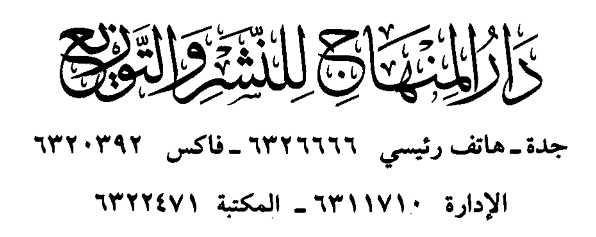






الطبعة الأولىٰ

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م



جدة - هاتف رئيسي ٦٣٢٦٦٦٦ - فاكس ٦٣٢٠٣٩٢

الإدارة ٦٣١١٧١٠ - المكتبة ٦٣٢٢٤٧١



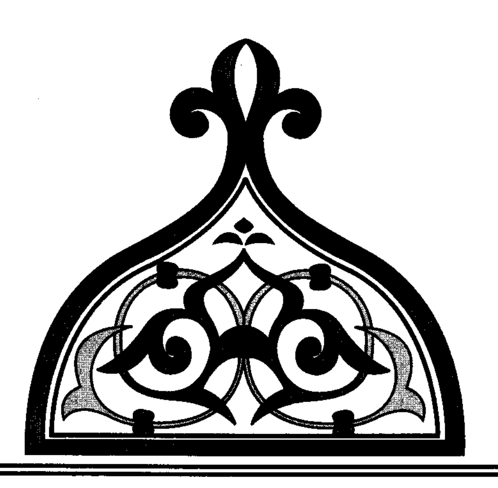
أوّلاً :

هَذا الكتَابُ بيْنكَ وبَينهُ ألفُ عام تقريباً ، فإذا رأيتَ مِنْ ظواهِرِ اللُّغةِ والأساليبِ غيرَ مألُوفِكَ ومعْهودكَ ، فَلا تُحاوِلْ أنْ تحمِلَ لُغتهُ على لُغتِكَ ، ولا تُسارِعْ بِحمْلِ ذلِكَ على الخطأ وسَهْوِ المحقّقِ وتقْصِيرِهِ ، فهَذهِ هِيَ لُغةُ عصْرِهِمْ ، وهَذا أُسْلُوبُهُمْ ، وهُوَ صَحِيحٌ سَلِيمٌ ، وإنْ لَمْ يعُدْ مألُوفاً لَديْنا ومُسْتعملاً عِنْدنا ولا جارِياً على ألْسِنتِنا .

ثانِياً :

إبْراءً للذِّمّةِ ، وخُرُوجاً عَنِ العُهْدةِ نُنبِّه :

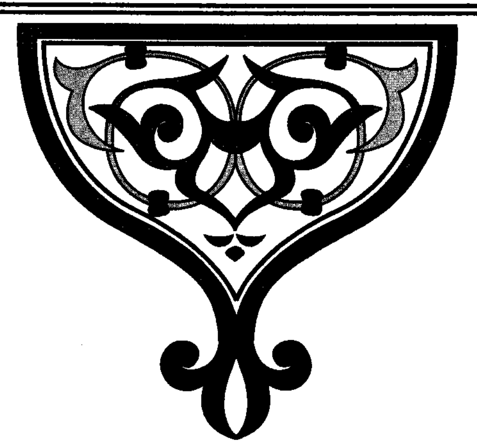
أنّ برنامَجَ الصَّفِّ اسْتَحالَ عليْهِ كِتابةُ الهمْزةِ المُتطرِّفةِ المكْسُورِ ماقبلَها على الياءِ ، مِثْل: قارِئ ، يُجْزِئ . فتنبّهْ لِذلِكَ .



وَٱلموقِفُ ٱلأَعْظَمُ عَلَى ٱلعُلَمَاءِ ٱسْتِعْمَالُ مَا يَجْمَعُونَهُ فِي آحَادِ ٱلوَقَائِعِ إِذَا بُلُوا بِهَا، وَكَانَ شَيْخِي يُشَبِّهُ هَذَا بِجَمْعِ ٱلجَامِعِ ٱلعُلُومَ ٱلمَخْصُوصَةَ بِفَنِّ ٱلطِّبِّ. وَهُوَ هَيِّنٌ عَلَى صَاحِبِ ٱلقَرِيحَةِ وَٱلجِدِّ، وَإِذَا أَرَادَ ٱسْتِعْمَالَ مَا جَمَعَهُ فِي مُعَالَجَةِ ٱلأَشْخَاصِ عَظُمَ ٱلأَمْرُ عَلَيْهِ فِيهَا.

الإمام

في نهاية المطلب



كِتَابُ السَّلَمْ

بَابُ
السَّلَفِ والنهي عن بيع ما ليسَ عندك

٣٤٤٦ـ الأصل في السلم الكتابُ والسنة والإجماع . فأما الكتاب فآية المداينات : قال **ابن عباس** في تفسير الآيةٰ : أشهد بالله أن السلف[١] المضمون إلىٰ أجلٍ مسمىٰ أحلّه الله وأذن فيه ، وتلا هـٰذه الآية[٢] . وروى ابنُ عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة ، فوجدهم يسلفون في التمر السنة ، وربما قال السنتين ، والثلاث . فقال عليه السلام : « **من أسلف ، فليسلف في كيلٍ معلوم ووزن معلوم إلىٰ أجل معلوم** »[٣] . والإجماع منعقد علىٰ صحة السلم .

والسلم والسلف اسمان للعقد الذي قُصد في هـٰذا الكتاب بيان أحكامه . وذكر الأصحاب **عبارتين** مشعرتين بمقصود السلم : **إحداهما** ـ أنه عقد علىٰ موصوف في الذمة ببدل يعطَىٰ عاجلاً . **والثانية** ـ أنه عقد يفتقر إلىٰ بذل ما يُستَحَق تسليمه عاجلاً في مقابلة ما لا يستحق تسليمه عاجلاً . وقال **أبو حنيفة**[٤] : بدل عاجل في آجل .

واللقب الخاص للعقد السلمُ . والسلف يستعمل فيه وفي القرض .

ثم قال الأئمة في توطئة الكتاب : السلم يستند إلىٰ **سبعة شرائط** : شرطان في رأس المال . وخمسة في المسلم فيه : **أحدها** ـ أن يكون ديناً في الذمة . **والثاني** ـ أن يكون موصوفاً بالصفات التي تختلف بها الأثمان والأعواض . **والثالث** ـ أن يكون معلوم

---

(١) ساقطة من (ص) ، (ت٢) .

(٢) المراد آية الدين [البقرة : ٢٨٢] وانظر الدر المنثور : ١/ ٣٧٠ .

(٣) متفق عليه من حديث ابن عباس . (ر . اللؤلؤ والمرجان : ٣٩٢ ح١٠٣٤) .

(٤) ر . المبسوط : ١٢/ ١٢٤ .

القدر إن كان مما يقدّر . **والرابع** ـ أن يكون عامَّ الوجود عند المحل . **والخامس** ـ **تعيين/ مكان التسليم علىٰ أحد القولين . وكل ما ذكرناه تراجم ستأتي مفصلة في مواضعها ، إن شاء الله تعالىٰ** . ش ١٣٦

٣٤٤٧ـ ثم مما يجب الاعتناء به أن لفظ السلم له أثر في العقد ، ومتضمنه أن يكون المطلوب ديناً ؛ فإن العين لا تسمىٰ سلماً . وأما استحقاق تسليم رأس المال في المجلس ، فلا يتلقىٰ من اللفظ ، وإنما هو يعتدّ بمثابة التعبد برعاية التقابض في بدلي العقد في الصرف وما يلتحق به .

فلو قال الرجل : اشتريت منك طعاماً صفته كذا وكذا بهـٰذا العبد ، فقال : بعته منك بهـٰذا . فهل يثبت حكم السَّلم ؟ فعلىٰ **وجهين** ذكرهما **صَاحبُ التقريب** وغيره : **أحدهما** ـ أنه يثبت حكم السلم من كل وجه ، ويشترط فيه إقباض رأس المال في المجلس ، ويمتنع الاعتياض عن المسلم فيه . **والوجه الثاني** ـ لا يثبت حكم السلم ، ولا يجب تسليم الثمن المعيّن في المجلس . وعلىٰ هـٰذا الوجه في الاعتياض عن المسلم فيه تردّدٌ : فمن أصحابنا من خرّجه علىٰ قولين في جواز الاعتياض عن الثمن ، وقد تقدم ذكرهما . ومنهم من قطع بمنع الاعتياض ، وإن لم يُثبت للعقد حكم السلم ؛ فإن الموصوف في الذمة مقصودُ الجنس ، فكان كالمبيع المعيّن في كونه مقصودَ العين . والغالب على الأثمان قصدُ المالية لا قصدُ الجنسِ .

ومما يتعلق بالكلام على اللفظ أن الرجل إذا قال : أسلمت هـٰذا الحمار أو هـٰذا العبد في ثوبك هـٰذا ، وذكر لفظ السلم ، ولم يف بحكمه وشرطه ، فلا شك أن ما جاء به ليس بسلم . وهل ينعقد بيع العين بهـٰذا اللفظ ؟ فعلىٰ **قولين** ذكرهما **القاضي** : **أحدهما** ـ لا ينعقد اعتباراً باللفظِ ، **والثاني** ـ ينعقد نظراً إلى المعنىٰ ، وليس البيع إلا تمليك مال بمال يتواجب بين المتعاقدين . وهـٰذا أصلٌ طرده **القاضي** . والمسألة التي ذكرناها في آخر البيع من حمل البيع المقيد بنفي الثمن على الهبة أبعد عما ذكرناه الآن .

وحاصل الأصل راجع إلىٰ أن الاعتبار بما يفهمه المتعاقدان من اللفظ ، أو بمعنى اللفظ في وضعه .

فصل

قال : « وقد أذن الله تعالىٰ في الرهن والسلم . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٤٤٨ـ هـٰذا وإن كان من كتاب الرهن ، فلا بد من ذكره ؛ إذ ذكره **الشافعي** ـ رحمة الله عليه ـ فالرهن بالمسلم فيه جائز ، وإذا ثبت بتفسير ابن عباس أن الدين المذكور في آية المداينات هو السلم ، وقد قرنه الله تعالىٰ بالرُّهُن المقبوضة ، فينبغي أن يتوثق مستحق السَّلم بالرهن [أو][٢] الحَميل . أمّا الرهن ، فغرضه الأظهر الوثيقةُ ، فإذا حل السلم وامتنع المسلم إليه ، واستمكن المرتهن من إثبات حقه في مجلس القاضي ، تولى القاضي بيع الرهن في حقّه .

وإن لم يتمكن من إثبات حقه ، فلأصحابنا **طريقان** : منهم من قطع بتسليط المرتهن علىٰ بيع الرهن عند العجز عن التوصّل إلىٰ ذلك بالحكم والقضاء . ومنهم من خرّج ذلك علىٰ ما إذا ظفر الإنسان بمال من عليه الحق . وفيه تفصيل سيأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالىٰ . وإن كان بالمسْلم فيه[٣] حَميلٌ[٤] ، طالبه المسلِمُ [بحقه][٥] بالمحل ، فإذا أدّاه وكان ضمن بالإذن ، رجع على المضمون عنه . علىٰ تفصيلٍ يشتمل علىٰ خلافٍ ووفاقٍ في المسائل . وإذا ثبت له الرجوع ، نُظر[٦] في المضمون . فإن كان مثلياً ، رجع بمثل ما ضمن ، وإن كان من ذوات القيم ، فيرجع بالقيمة أو بالمثل ، فعلىٰ وجهين/ كالوجهين في القرض ؛ فإن الضامن في حكم المقرض للمضمون عنه ما يرجع به عليه ، وهـٰذا بيّن . ١٣٧ ي

قال **القاضي** : ولو قال أحد من في السفينة لصاحبه : ألق متاعك في البحر ، فإذا

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٦ .
(٢) في الأصل : والحميل .
(٣) في (ص) ، (ت٢) : إليه .
(٤) الحميل : الكفيل .
(٥) ساقطة من الأصل .
(٦) في (ص) ، (ت٢) : رجع .

ألقاه وكان مثلياً ، ضمن المستدعي مثلَه . علىٰ تفصيل يأتي في موضعه إن شاء الله تعالىٰ .

وإن كان من ذوات القيم ، فيضمن له القيمة أو المثل ، فعلى الخلاف المذكور في القرض . وهـٰذا فيه احتمال ؛ من جهة أنه ليس بإقراضٍ على الحقيقة . وإنما هو استدعاء إتلافٍ لمصلحة . وهو قريب من تعاطي المضطر أكل طعام الغير ، فالغالب على الظن أن **القاضي** يسلم القطعَ في ذلك بالرجوع إلى القيمة إذا كان المتلفُ من ذوات القيم .

فَصْلٌ

قال : « وإذا جاز السَّلف في التمر السنين . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٤٤٩ـ يجوز السلم في المنقطع حالة العقد عندنا إذا كان يغلب على الظن عمومُ وجوده عند المحل . وشرط **أبو حنيفة**[2] أن يكون الجنس المسلمُ فيه موجوداً حالة العقد ، وشرط ألا يكون مما ينقطع بين العقد والمحل .

واحتج **الشافعي** عليه بما رواه ابن عباس : « أن أهل المدينة كانوا يسلفون في التمر السنة والسنتين » . ولا يكاد يخفىٰ أن من أسلف في التمر سنتين ، فالتمر ينقطع في الأثناء . ومعنى المذهب مذكور في (**الأساليب**) .

وإذا أسلم في شيءٍ ببلد ، وكان لا يوجد مثله في ذلك البلد ، ويوجد فيما عداه من البلاد والقرىٰ ، فإن كان البلد الذي يعم وجود المسلم فيه قريباً من بلد العقد ، صحَّ . وإن كان بعيداً ، لم يصح .

٣٤٥٠ـ ثم قال الأئمة : لا يعتبر فيما أطلقناه من القرب والبعد مسافةُ القصر والقصورُ عنها .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٦ .
(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ مسألة : ١٠٧٥ ، طريقة الخلاف : ٣٤٦ مسألة : ١٤٥ ، البدائع : ٥/٢١١ .

وهـٰذا مما يجب الاعتناء فيه بتقريب مأخذ يخرجه عن عماية الإجمال ؛ فإن القول في مثله ينتشر . ولا ضبطَ في قول القائل : إن كان بحيث يشق النقل لم يصح السلم ، وإن كان بحيث لا يشق النقل يصح .

وقد يقرب في هـٰذا أن يقول : إن جرت العادة بنقل ذلك الجنس إلىٰ ذلك البلد ، يجوز[١] ؛ فالمسلم فيه مقدور علىٰ تسليمه . وإن كان ذلك لا يعتاد ، فهو ملتحق بما لا يقدر عليه . ولا اعتبار بما ينقله آحاد الناس للتحف . وإنما الاعتبار بما ينقل لأغراض المعاملة .

وهـٰذا لا بأس به ، وإن[٢] قيل : المتبع هو الذي يلقىٰ متحمِّلُ النقل مشقةً ظاهرة خارجة عن اعتياد النقل .

وقد أجرىٰ **الشافعي** في هـٰذا لفظاً ، فليتأمله الناظر ، فقال : « هو كما لو أسلم في رطب البصرة ، وبلد المسلم من بلاد خُراسان » . وهـٰذا سرف في تصوير التعذّر ، وهو يحصل بدون هـٰذا .

وبالجملة السلم عقد إرفاق من الجانبين ، والمحكَّم فيما ينتشر من أحكامِ المعاملة العرفُ ، فكل مشقة لا يبعد في غرض المعاملة أن تحتمل لاستعمال رأس المال ، فتلك المشقة لا تقدح في صحة السَّلم ، وكل مشقة لا تحتمل في أغراض التعامل ، فلا يبتنىٰ جواز العقد عليها . وليس للفقيه أن يصور غرضنا وراء المعاملة ، مثل أن يتفق تضييق وإرهاق في مصادرة وحاجةٍ حاقة في الرضا بمقاساة الكُلف للتجارة من الضرورة الناجزة . فلا اعتبار بأمثال هـٰذه الأحوال .

ويمكن أن يقال : سبيل الضبط أو القرب منه أنّ النقل إذا كان يُلحق المنقولَ بما لا يعم إمكان الوصول إليه/ ، فهو من المتعذر الذي لا يجوز السلم فيه . ١٣٧ ش

وهـٰذه العبارات تُشير إلىٰ تقريب واحد .

---

(١) عبارة (ص) : بنقل ذلك الجنس في السلم يجوز ، والمسلم فيه مقدور علىٰ تسليمه .
وعبارة (ت٢) : ينقل ذلك الجنس إلىٰ ذلك البلد ، فالمسلم فيه مقدور علىٰ تسليمه .

(٢) جواب الشرط مفهوم من الكلام قبله .

فَصْلٌ

قال : « فإن نفد الرطب أو العنب حتىٰ لا يبقىٰ منه شيء . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٤٥١ـ مقصود الفصل ذكر حكم انقطاع جنس المسلم فيه ، والوجه أن نبدأ بالحكم ، ونُجري فيه ما يليق ، ثم نذكر دقيقةً في معنى الانقطاع .

فإذا انقطع جنس المسلم فيه حالة المحل لآفةٍ أو جائحةٍ ، **فللشافعي قولان** : **أحدهما** ـ أن العقد ينفسخ . **والثاني** ـ أنه لا ينفسخ . ولٰكن للمسلم حق الخيار في الفسخ ، وله الانتظار إن أراد إلىٰ زمان الإمكان .

٣٤٥٢ـ توجيه القولين : من قال بانفساخ العقد احتج بأن عقد السَّلم تناول ثمرةَ السنة المعينة ، فإذا انقطعت ، فقد فات المعقود عليه ، وكان هٰذا بمثابة ما لو اشترىٰ قفيزاً من صُبرة ، ثم تلفت الصبرة ، فالعقد ينفسخ .

ومن قال بالقول الثاني ، احتج بأن المسلم فيه دينٌ ، والدين متعلق بالذمة ، ولا اختصاص له بوقتٍ وزمان ، وأما الآجال[٢] لإثبات أوقات المطالبات . ولعل القياسَ هٰذا القولُ . ثم انقطاع الجنس في وقت المحل يضاهي إباق العبد المبيع عن يد البائع ، فالبيع لا ينفسخ بإباقه ، ولٰكن يثبت الخيار للمشتري ، كذلك يثبت الخيار في مسألتنا للمسلم ، فإن فسخ العقد ، فذاك ، وإن رأىٰ إنظار المسلم إليه إلىٰ قابل ، فله ذلك .

ثم قال الأصحاب : إذا أنظره ، ثم بدا له أن يفسخ ، فله ذلك . وقد وجدت الطرق متفقة في هٰذا .

وشبه الأصحاب هٰذا برضا المرأة بالمُقام تحت زوجها المُولي بعد انقضاء مدة

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٦ . وعبارة المختصر الذي بأيدينا : « وإن فُقد الرطب أو العنب . . . » .

(٢) سقوط الفاء من جواب أما وارد في غير ضرورة الشعر ، وهو مذهب الكوفيين . وله شواهد من الحديث الشريف ، (ر . شواهد التوضيح والتصحيح لابن مالك : ١٩٥ ، ١٩٦) .

الإيلاء ، فإذا هي رضيت بعد توجه المطالبة بالمُقام ، ثم ندمت ، وأرادت رفع زوجها إلىٰ مجلس الحاكم ، فلها ذلك . وهـٰذا تشبيه مسألة بمسألةٍ .

والمعنى المعتمد أن الإنظار ـ في التحقيق ـ تأجيلٌ والأجل لا يلحق بعد لزوم العقد ، وإذا لم يلحق الأجل ، لغا الإنظار .

وكان **شيخي** يقول : حقه في الطلب يتجدد حالاً علىٰ حالٍ ، ورضاه ينحصر علىٰ وقته . وهـٰذا في قبيل إسقاط الحقوق يضاهى الإعارة في قبيل التسليط على الانتفاع . وكان يقطع بهـٰذا المسلك في الخيار الذي ثبت للمشتري عند إباق العبد .

فإن قيل : أليس الإباق من قبيل العيوب التي يثبت الرد بها ، ومن رضي بالعيب ، لم ينفعه الندم ، ولم يملك الرجوع ؟ قلنا : اعتياد الإباق عيب ، واتفاق الإباق لا يُلحق بالعيوب . ثم غرضنا لا يختص بهـٰذا . ولو غصب غاصبٌ ذلك العبد وعيّبه ، فغرضنا يحصل فيه .

ومما يتعلق بهـٰذا الفن أن المشتري في العبد الآبق : لو قال أبطلت حقي من الفسخ ، فالمذهب أن حقه لا يبطل وإن صرح به . وكذلك القول في السَّلم إذا صرح بإبطال حقه من الفسخ . والتفريع علىٰ أن السلم لا ينفسخ .

وقد أبعد بعض أصحابنا ؛ فقال عن عجز وخَوَر : « يبطل حق الفسخ ؛ فإن مستحق الحق أبطله » . وإن كان يخرج هـٰذا علىٰ أصلٍ ، فأقرب الأمور إليه الإبراء عما سيكون وقد ثبت سبب وجوبه .

٣٤٥٣ـ فانتظم من مجموع ما ذكرناه أن هـٰذا النوع من الفسخ لا يُبطله التأخير ، ولا يُبطله بذلُ اللسان بالإنظار من غير تصريح بإبطال خيار الفسخ . وإن فرض التصريح ، فهو على التردد الذي ذكرناه ، فإن حكمنا بالانفساخ ، أو فسخ المسلِم[١] على القول الصحيح ونفذ فسخه ، نظرنا إلىٰ رأس المال : فإن كان معيناً/ في ابتداء العقد وعينُه باقٍ ، فيسترده الفاسخ . وإن كان تالفاً ، يرجع إلىٰ بدله ، فإن كان مثلياً ، فالمثل . وإن كان متقوماً ، فالقيمة .

١٣٨ ي

---

(١) في (ت٢) : السلم .

وليس هـٰذا بمثابة إفلاس المشتري بالثمن والمبيع تالف ؛ فإن البائع لا يملك فسخ البيع والرجوعَ بقيمة المبيع . كما سيأتي مفصلاً مشروحاً في كتاب التفليسِ إن شاء الله تعالىٰ .

والسَّبب فيه أن غرض البائع الانفراد بالمبيع[١] ، والخروج عن جهة[٢] المضاربة ولو فسخ البيع تقديراً ورجع[٣] بالقيمة ، لضارب بها[٤] . وسيعود هـٰذا في مواضعه . فليكتف الناظر بالمرامز إذا أحلناه .

٣٤٥٤ـ ولو كان رأس المال موصوفاً في الذمة أولاً ، ثم عُجل في المجلسِ ، فإذا تسلمه المسلم إليه ، وكان عينه باقياً في يده ، فهل يُسترد ؟ أم للمسلم إليهِ أن يأتي ببدله ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يتعين استرداد ذلك المقبوض ؛ فإنه لما عُين بالإقباض آخراً ، كان كالمعين أولاً . **والثاني** ـ لا يتعين ؛ لأن العقد لم يتناول تلك الأعيان .

وأصل هـٰذا الخلاف أن المسلم لو ردّ المسلمَ فيه بعيب ، وقال : ليس على الوصف الذي أستحقه ، فهل يجعل ذلك نقضاً[٥] للملك من الأصل تبيناً ، أو هو نقضٌ في الحال ؟ فيه اختلافٌ قدمناهُ ، وعليه بنينا وجوبَ الاستبراء على المسلَم إليه إذا كان المردود جارية .

فإن قلنا : ما يجري من ذلك في الموصوفات يتضمن رفع الملك من أصله ، فعلى المسلم إليه وقد فسخ السلم ردُّ عين ما قبضه . وإن قلنا : يتضمن نقض الملك في الحال ، فللمسلم إليه الإبدال . وهـٰذا بيّنٌ للمتأمل .

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : البيع .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : رحمة .
(٣) في (ص) : فرجع .
(٤) أي « لضارب بها » مع الغرماء ، بمعنىٰ أنه يضارب بسهم يساوي القيمة ، منسوبةً إلىٰ مجموع ديون الغرماء ، ثم إلىٰ ما يساوي هـٰذا السهم من أموال المفلس عند بيعها وفاءً لديون غرمائه .
(٥) في النسخ الثلاث : نقصاً . (بالصاد المهملة) .

٣٤٥٥ـ وإذا انتهى الكلام إلىٰ هـٰذا ، فنذكر ما فيه من مزيد ، فنقول : أجمع أئمتنا علىٰ أن المتعاقدين لو تبايعا الدراهم بالدنانير وصفاً ، ثم عجلا في المجلس ، وتفرقا عن تقابض ، صح ذلك وإن اعتمد العقد في ابتدائه الذمة من الجانبين ، وهل يصح العقد علىٰ هـٰذا الوجه بعبارة السلم ؟ فعلىٰ وجهين ذكرهما الشيخ أبو علي في الشرح . وهـٰذا مأخوذ من خلاف للأصحاب سنذكره في أن السلم هل يصح في الدراهم والدنانير إذا كان رأس المال ثوباً ، أو غيره ؟

ولو اشتمل العقد علىٰ عوضين من أموال الربا يشترط التقابض فيهما ، كالمطعومات يباع بعضها بالبعض ، فلا بد من التقابض في المجلس .

فلو وصفا في الشقين ، ثم عجلا ، وجرى التقابض كما ذكرنا في الدراهم والدنانير ، ففي صحة ذلك وجهان مشهوران : أحدهما ـ الصحة كالنقود ، والثاني ـ لا يصح ؛ فإن الوصف يطول في العروض ، وتعيين الدراهم يقرب من وصفه ، ولهـٰذا يكتفىٰ في النقود الغالبة بالإطلاق من غير وصف ، والقياس أن لا فرق ؛ فإن الوصف وإن كان يطول ، فإذا ذكر ، فهو كالوصف الذي يقرب ولا يطول .

ويتصل بهـٰذا أنه لو استحق علىٰ رجل ديناً مستقراً ، ثم اعتاض عنه دراهم معينة ، صحَّ . ولو اعتاض دراهم موصوفةً ، ثم عجلها في المجلس ، صح . فإن لم يعجلها في المجلس نُظر : فإن كان الدين نقداً ، لم يجز . وإن كان الدين عَرْضاً ، ففي المسألة خلاف قدمناه في كتاب البيع .

وغرضنا الآن أنا حيث نشترط التعجيل في المجلس يجوز الاعتماد [في أصل العقد][1] على الوصف في الدراهم ، وهل يجوز الاعتماد على الوصف في العروض علىٰ أن تعجل في المجلس ؟ فعلىٰ وجهين . وهـٰذا بعينه هو الذي قدمناه .

٣٤٥٦ـ ومما يتعلق بأطراف الكلام أن المسلم إذا فسخ السَّلم ، فإن كان رأس المال قائماً ، فيجوز الاستبدال عنه قبل القبض ؛ لأنه وإن كان مضموناً ، فليس هو ضمان مقابلة على التحقيق ، وقد انفسخ العقد ، والاستبدال عن الأعيان المضمونة بالقيم

---

(١) زيادة من (ت٢) .

ش ١٣٨ جائز/ ، كما مهدناه في البيع . ومنع **أبو حنيفة**[1] الاستبدال عمَّا في يد الغير علىٰ حكم العقد المفسوخ ، وليس معه متعلق من طريق المعنىٰ .

وكل ما ذكرناه فيه إذا تعذر الوصول إلىٰ جميع المسلم فيه .

فأمَّا إذا فرض التعذر في بعضه ، فالقول في الانفساخ وثبوت حق الفسخ في المقدار المتعذر علىٰ ما تقدم ، ثم يزداد في هـٰذه الصورة تفريع تفريق الصفقة ، وقد مضىٰ في موضعه مفصلاً . فليعرف الفقيه الفصلَ بين أن يقبض الميسور ثم يطرأ التعذر وبين أن يطرأ التعذّر قبل قبض الميسور ، وليتذكر الفرقَ إذا قبض الميسور بين أن يتلف وبين أن يكون باقياً .

ولا مزيد علىٰ ما مهدناه في قواعد التفريق .

وقد نجز الغرض في هـٰذا .

٣٤٥٧ـ وبقي علينا ما وعدناه من فضل النظر في بيان معنى الانقطاع ، فممّا نستعين به في هـٰذا ما قدمنا في الفصل السابق من تفصيل القول في أن من أسلم في جنس وهو ببلدة لا يوجد ذلك الجنس بها ، فهل يكون هـٰذا من السلم في المنقطع حالة الحلول ؟ وهـٰذا قد تمهد علىٰ قرب العهد .

ونعود الآن فنقول :

إن تحقق انقطاع الجنس بالكلية بأن يسلم في جنس لا يوجد إلا في بلده ، ثم اتفق انقطاع ذلك الجنس في تلك السنة ، هـٰذا هو الانقطاع المحقق ، الذي يجري فيه القولان في الفسخ والانفساخ .

فأمّا إذا انقطع الجنس في تلك البلدة ، وكان النقل إليه ممكناً علىٰ حدٍّ لو فرض السَّلم في البلد ، لعُد المسلم فيه بتقدير النقل من الممكنات ، فهـٰذا ليس بانقطاع .

وإن كان النقل عسراً ، بحيث يمتنع السلم ، نُظر : فإن كان لا يتصوّر أصلاً ، مثل أن يكون المسلم فيه جنساً لو نقل من مسافة شاسعة ، لفسد ، فهـٰذا انقطاع أيضاً .

وإن كان النقل ممكناً علىٰ عسر ، فالأصح القطع بأن السلم لا ينفسخ ،

---

(١) بدائع الصنائع : ٥/ ٢٣٣ وما بعدها .

[فإن][(١)] قول الانفساخ إنما يجري إذا جعل ثمن السنة مع إضافة المستحق إليها بمثابة صُبرة بيع صاعٌ منها .

فأما إذا كان الإحضار ممكناً علىٰ عسر ، فهو كإباق العبد إذا طرأ ، فيثبت خيار الفسخ ، وإن كان يمتنع إيراد العقد عليه .

ومن أصحابنا من يجعل التعذر الذي يمتنع بسببه السلم ابتداء إذا طرأ بمثابة الانقطاع الحقيقي ، حتىٰ [يُخرّج][(٢)] قولَ الانفساخ . وهـٰذا القائل يزعم أن التعذر في عقد الغرر كالتلف الحقيقي ، وبه يتوجه قول الانفساخ في أصله ، مع أن المسلم فيه دينٌ .

٣٤٥٨ـ ومما يتعلق بتمام البيان في هـٰذا الفصل أنه إذا أسلم في جنسٍ يعم وجوده غالباً عند المحل ، فاتفق انقطاع الجنس قبل المحل علىٰ وجه يعلم أن الانقطاع يدوم في السنة . قال **القاضي** : في المسألة **قولان** : **أحدهما ـ** أنه لا ينفسخ العقد في الحال علىٰ قول الانفساخ ، ولا يثبت الخيار علىٰ قول الخيار ، حتىٰ يحل الأجل . فإذا حل ، فإذ ذاك يجيء القولان . **والقول الثاني ـ** أنه يتنجز قبل المحل ما ثبت عند الحلول . قال : وهـٰذا يقرب من خلاف في الأيمان ، وإن كان مأخذ الأيمان يبعد عن مأخذ الأحكام . وذلك الأصل هو أن من حلف ليأكلن هـٰذا الطعام غداً ، فتلف الطعام قبل دخول الغد ، فهل يحنث في الحال ؟ أم يتأخر الحنث إلىٰ مجيء الغد ؟ فيه خلاف سيأتي ذكره ، ووجه الشبه بيّن .

فصل

قال : « نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم/ حكيماً عن بيع ما ليس عنده ، وأجاز السلف . . . إلىٰ آخره »[(٣)] . ١٣٩ ي

٣٤٥٩ـ غرض **الشافعي** رحمه الله ـ الكلام علىٰ حديث حكيم بن حزام ، وعلى الأخبار الدالة على السلم ، ولم يقصد نقلَ إجازة السَّلف ، مع قول رسول الله صلى الله

(١) في الأصل ، (ص) : وإن .
(٢) في الأصل : يجري .
(٣) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٦ .

عليه وسلم في متن حديث واحد ، ثم لا يخفىٰ وجه الكلام ، فالذي نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيماً عنه في بيع الأعيان من غير تقدير وصفٍ والتزامٍ في الذمة ، وفي حديث حكيم ما ينبه علىٰ هـٰذا ؛ فإنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : « **إن الرجل ليأتيني فيساومني السلعة وليست عندي ، فأبيعها منه ، ثم أدخل السوق ، فأشتريها وأسلمها إليه . فقال عليه السلام** : « **يا حكيم لا تبع ما ليس عندك** »[١] .

فصل

قال : « وإذا أجازه صلى الله عليه وسلم بصفةٍ مضموناً إلىٰ أجل ، كان حالاً أجوزَ ، ومن الغرر أَبْعَدَ. . . إلىٰ آخره »[٢] .

٣٤٦٠ـ السلم يفرض علىٰ ثلاثة أقسام : **مؤجل** ـ وهو جائز بالاتفاق . **وحالٌّ مقيد بالحلول** ـ وهو جائز عند **الشافعي** إذا كان المسلمُ فيه عامَّ الوجود حالة العقد ، خلافاً **لأبي حنيفة**[٣] ، ومعتمد المذهب أن الحلول لا يجرّ إلى العقد غرراً وعسراً ، وإن أثر في قطع مَرفِق[٤] ، فمسوّغٌ تسويغ الرخص ، معلقاً بغرر ، فإذا وقع التراضي علىٰ حذفه لم يضر .

وأما التأجيل في الكتابة فمستَحق ، واعتمد بعض الأصحاب فيه تحققَ عجز المكاتب عن الوفاء بحق الحلول ، وهـٰذا لست أرضاه ؛ لما سأذكره في الكتابة إن

---

(١) حديث : « لا تبع ما ليس عندك » رواه أحمد : ٣/ ٤٠٢ ، ٤٣٤ ، وأبو داود : بيوع ، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ، ح٣٥٠٣ ، والترمذي : بيوع ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده ، ح١٢٣٢ ، والنسائي : بيوع ، باب بيع ما ليس عند البائع ، ح٤٦١٣ ، وابن ماجه : التجارات ، باب النهي عن بيع ما ليس عندك ، ح٢١٨٧ ، وابن حبان : ٧/ ٢٢٨ ح٤٩٦٢ . وانظر التلخيص : ٣/ ٩ ح١١٢٧ .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٦ مسألة ١٠٦٩ ، والأصل : ٥/ ٢ ، ومختصر الطحاوي : ٨٦ ، ورؤوس المسائل : ٢٩٨ مسألة : ١٨٧ .

(٤) مرفق : بفتح الميم وكسرها . والمرفق ما يرتفق به وينتفع ويستعان . (معجم) ، والمراد هنا مَرْفِق التأجيل .

شاء الله تعالىٰ . والمعتمد أن الكتابة حائدة عن قوانين المعاملات ، وحيْدُها محتملٌ لمكان رِفق ، فإذا زال الرِّفق ، فارق العقدُ موردَه الشرعي ، والسلم موضوع علىٰ مصالح المتعاملين ، وليس نائياً نأيَ الكتابة .

فأما القسم الثالث من السلم ـ فهو ما يفرض مطلقاً من غير تعرض لأجل أو حلولٍ ، وقد اشتهر خلاف الأصحاب فيه ، فذهب بعضهم إلىٰ أن العقد لا يصح ؛ فإن المطلق في العقود محمول على العادة ، وللعادة وقعٌ عظيم في المعاملات ، وقد عم العرف بتأجيل المسلم فيه ، فالمطلق يحمل على الأجل ، فإذا لم يبيّن ، كان مجهولاً .

والأقيس الحكم بصحة السَّلم ؛ فإن الإطلاق مشعر بالحلول في وضعه ، فإنّه يتضمن الالتزام ، وكل ملتزِم مطالَب ، وعليه بنينا حملَ الأجرة على الحلول في الإجارة المطلقة .

فصل

قال المزني : « والذي اختاره الشافعي أن لا يسلف جزافاً من ثياب ولا غيرها . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٣٤٦١ـ مقصود الفصل الكلامُ فيما يصح أن يكون رأس مالٍ ، فنقول : إذا كان رأس المال مشاراً إليه ، ولـٰكن كان جزافاً ، ففي صحة السلم **قولان** : **أحدهما** ـ وهو الأقيس الصحة ، وهو اختيار **المزني** ، ووجهه أن المعيّن المشار إليه معلوم في عقود [المعاوضات][(٢)] ، والإشارة مغنيةٌ عن القدر والوصف ، إذا لم يكن علينا تعبد في رعاية المماثلة ، ولم يكن على العاقد نظر في جهة الغبطة لطفل أو غيره ممن يليه ، وهـٰذا قياسٌ ظاهر .

والقول الثاني ـ أنه لا بد من معرفة القدر والوصف ، كما في المسلم فيه ، والسلم

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٧ .

(٢) في الأصل : المعاملات .

عقد غرر ، وقد يفرض فيه فسخ أو انفساخ ، ثم تمس الحاجةُ إلىٰ رجوع رأس المال ، وينتظم منه نزاع/ يعسر فصله ، والذي يليق بالحال أن العقد إذا كان مبناه على احتمالِ غررٍ لمكان غرض ، فينبغي أن يُتوقَّىٰ من الغرر الذي لا يقتضيه ذلك المرفق . ورأس المال إذا لم يقدّر بهـٰذه المثابة .

ش ١٣٩

قال **المحققون** : اختلاف القول في هـٰذا يقرب من اختلاف القول في الجمع في صفقة واحدة بين سلمٍ وبيع ، ووجه الشبه أنا نقدر تطرق الفسخ إلىٰ أحدِ العقدين دون الثاني ، ثم يفضي القول فيه إلىٰ نزاع عند محاولة التوزيع في الفسخ والإبقاء ، فينبغي أن يبعد السلم من هـٰذا ، ولا يكتفَىٰ بحصول العلم والإحاطة في الحال .

ثم نحن في طرد القولين لا نفصل بين المكيل والموزون ، وبين ما ليس كذلك . فلو جعل رأس المال ثوباً غيرَ معلوم الذُّرعان . اطرد القولان . **وأبو حنيفة**[(١)] يفصل بين المقدور وغيره ، فيُبطل السلمَ إذا ترك تقدير ما يقبل التقدير ، ولا يبالي بتطرق الجهالة إلى الثياب وغيرها إذا جعلت رأس مال .

وهـٰذا تحكّم ؛ فإن التقدير فيما يقبل التقدير إنما يطلب لما فيه من الإعلام المنافي للجهالة ، والجهالة هي المحذورة في عاقبة السَّلم ، فإذا تحققت في الثيابِ ، كانت كما لو تحققت بترك المقدار فيما يقبل [التقدير][(٢)] .

ومما يتصل بهـٰذا أَنَّ رأس المال إذا أحيط بصفاته بطريق العِيان ، ولـٰكن كان مجهول القيمة عند المتعاقدَيْن أو عند أحدهما ، فالذي ذهب إليه الأكثرون القطعُ بصحة السلم . وقال آخرون : الجهل بالقيمة يتضمن تخريج المسألة علىٰ قولين ؛ فإن التوزيع يقع باعتبارها . والتراجع يكون بحسبها .

٣٤٦٢ـ ولو كان العوض جزافاً في الإجارة ، فلأصحابنا **طريقان** : منهم من أجراه مجرىٰ رأس المال في السلم ، حتىٰ يخرّج على القولين . وليس عوضُ الإجارة عند

---

(١) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٨ مسألة ١٠٧٣ .
(٢) في الأصل ، (ص) : المقدار .

هـٰذا القائل كعوض البيع ؛ فإن الإجارة لا ثبات لها إلى انقضاء مدتها ؛ فإن الدار إذا سلمت ، لم ينقطع غررُ الإجارة ؛ إذ هي عرضةُ الانفساخ إذا تلفت الدار في أثناء المدة ، ولو عابت في يد المستأجر ، تعرضت الإجارة لخيار الفسخ ، فشابهت الإجارةُ السلمَ فيما ذكرناه ؛ لـٰكنها تفارقه في أن التسليم في عوضها ليس شرطاً .

ومن أصحابنا من قطع بأن الأجرة في الإجارة علىٰ قياس العوض في البيع . والإجارة لا تعد من عقود الغرر ، وتقدير التعذر في مقصودها **ليس** كتقدير التعذر في السلم .

٣٤٦٣ـ ولو كان السلم حالاً ، فمن أئمتنا من قطع بأن رأس المال لو كان جزافاً فيه ، جاز ، وإنما القولان في السلم المؤجل ؛ فإنه المعرض للخطر ، والسلم الحال تعامل علىٰ ناجز . وهـٰذا اختيار **القاضي** .

ومن أئمتنا من قال : لا فرق بين السلم الحال والمؤجل في تخريج المسألة علىٰ قولين إذا كان رأسُ المال جزافاً .

٣٤٦٤ـ ولو كان رأس المال دُرّة لا يصح السلم فيها ، فضبطها بالوصف غير ممكنٍ . وإذا انضم إلىٰ ذلك كونها مجهولة القيمة . فهـٰذا من صور القولين إذا كان السلم مؤجلاً ، وإن كانت قيمتها معلومة ، فيعتبر ضبط وصفها . فإن حَرَصا علىٰ ذكر الوصف ، فالأصح صحة السلم . فإن قيل : لم يمتنع/ السلم فيها مع إمكان وصفها ؟ ١٤٠ ي قلنا : لعزة وجودها ، وقد ذكرنا أن الشرط في المسلم فيه عموم الوجود ، ولا معنىٰ لاشتراط هـٰذا في رأس المال .

وقال بعض أصحابنا : كل ما لا يصح السلم فيه لا يصح جعله رأس مالٍ علىٰ أحد القولين . ومثل هـٰذا وإن ذكر في الكتب محمول عندي علىٰ **ما** إذا لم يطلع علىٰ وصفه أو قيمته ، غير أن معظم الناس لا يعتنون بنهايات البيان ، وإذا فصل مفصل ، كان ظاهر تفصيله مخالفاً لإطلاق الأولين ، ولا مخالفة .

فصل

٣٤٦٥ـ قال : « والذي أحتج به في تجويز السلم في الحيوان. . . إلىٰ آخره »[١] .

السلم في الحيوان جائز عند **الشافعي** ، ولا يشك الفقيه أنه لا يجوز السلم في كل حيوان ، فإنه ما من جنسٍ يطلق القول بجواز السلم فيه إلا وفيه ما يمتنع السلم فيه علىٰ ما سنصفه الآن .

والمرعي فيما يجوز السلم فيه أن يكون قابلاً للوصف المعتبر . عامَّ الوجود على الوصف المعتبر ، والقول في الوصف المعتبر لم يعتنَ بضبطه علىٰ ما ينبغي ، والذي أراه أن نذكر مسائل السَّلم علىٰ ترتيب **السواد**[٢] ، ونورد في كل مسألة ما يليق بها . ثم نختم المسائل . ونعطفُ عليها ما يضبط القول في الوصف المعتبر .

ففي الحيوانات ما [تضبطه][٣] الأوصافُ المقصودة ، مع بقاء عموم الوجود . ثم استدل **الشافعي** علىٰ جواز السلم في الحيوان بأخبار وردت في استقراض الحيوان ، وعلم **الشافعي** أن المخالف في السلم في الحيوان يخالف في استقراضه . ومبنىٰ مسائل السلم علىٰ ذكر ما يجوز السَّلم فيه وما لا يجوز على الجملة ، حتىٰ إذا انتجز الكلام في الجمل ، انعطف **الشافعي** علىٰ ما أجمله ، وذكر مجامع الوصف في كل فن .

وكنت أوثر أن أجمع مسائلها في تقاسيم ضابطة ، ولـٰكن الجريان علىٰ ترتيب **السواد** أولىٰ .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٧ .

(٢) السواد : المراد به مختصر المزني ، فلفظ السواد يعني هنا : الأصل ، أو المتن . ويتردّد في كلام الأئمة الماضين وكتبهم بهـٰذا المعنىٰ كثيراً .

(٣) في الأصل : تضبط .

فصل

٣٤٦٦ـ أجمع الأئمة علىٰ أن الاعتياض عن المسلم فيه لا يجوز ؛ فإنه وإن كان موصوفاً ، فهو كالبيع في كونه مقصوداً ، وإذا امتنع التصرف في المبيع قبل القبض مع فرض توفير الثمن ، فالمسلم فيه وهو في الذمة لم يتحصل بعدُ ، بذلك[1] أولىٰ .

وذكرنا في الاعتياض عن الأثمان قولين في كتاب البيوع .

وغرض هٰذا الفصل أن النقد إن التحق به باءُ الثمنية ، فهو ثمن ، وفي الاعتياضِ عنه القولان . وإن اتصل باءُ الثمنية بثوبٍ أو غيرِه ، فقد ذكرنا في مسائل البيع خلافاً في أنه هل يكون ثمناً . فلو قال : اشتريت منك عشرة دنانير ـ ووصفها ـ بهٰذا الثوب ، وقد اتصل باء الثمن بالثوب ، وأقيم النقد علىٰ هٰذه الصيغة مقام المثمن . فإن قلنا : الدراهم ثمنٌ كيف أثبتت في العقد ، فيجوز الاعتياض عنه علىٰ أحد القولين في هٰذه الصورة .

وإن قلنا : الثمن ما اتصل به باء التثمين ، فالثوب ثمن . ولا يجوز الاعتياض عن الدراهم قولاً واحداً . وإذا منعنا الاعتياض علىٰ هٰذا الترتيب ، فهل يجب تسليم الثوب في المجلس ؟ فعلىٰ وجهين ، قدمنا أصلَهما . فإن اتبعنا المعنىٰ ، فالعقد سلمٌ ، وإن اتبعنا اللفظ ، فلم يجر لفظ السلم . فلا يجب التسليم في المجلس .

وممّا يتعلق بهٰذا الفصل أن الفلوس إذا جرت في بعض البلاد وراجت رواج النقود ، فقد ذهب شرذمةٌ من الأصحاب إلىٰ أنها تلتحق بالنقود في الأحكام . ومنهم من قال : ليس لها حكم النقود ، وإنما هي كالأعواض الرائجة ، وإن كسدت ، فهي كالأعواض الكاسدة .

فإذا تبين هٰذا بنينا عليه أنه لو قال : اشتريت منك/ مائة فلس بهٰذا الثوب ، فإن قلنا : الفلوس من العُروض ، فليس في الصفقة ما هو ثمن في جوهره . وإن قلنا : الفلوس لها حكم النقود ، فإذا قال : اشتريت منك مائة فلسٍ بهٰذا الثوب ، فهو كما لو ١٤٠ ش

---

(١) في (ص) و(ت٢) : ذلك .

قال : اشتريت منك مائة درهم بهـٰذا الثوب . وقد سبق الكلام فيه .

وإذا كسدت الفلوس فنادىٰ منادي السلطان بالنهي عن التعامل عليها ، فتنقلب إذ ذاك عروضاً بلا خلاف .

ثم جعل **أبو حنيفة**[(١)] كساد الفلوس بمثابة تعذر تسليم المعقود عليه . واضطربوا وراء هـٰذا ، قال منهم قائلون : هو كتلف المعقود عليه . وقال آخرون : هو كإباق العبد . واضطربوا علىٰ وجوه في الفَلَس لسنا لها . ومأخذها ما ذكرناه . والمذهب أن الفلوس في جوهرها من العروض .

فصل

قال : « ولو لم يذكر أجلاً ، فذكراه قبل أن يتفرقا ، جاز . . . إلىٰ آخره »[(٢)] .

٣٤٦٧ـ إذا عُقد السلم مطلقاً ، وحكمنا بصحته حملاً على الحلول ، وهو الأصح . فلو[(٣)] أثبتا أجلاً في مجلس العقد ، فظاهر النص أن الأجل يلحق ، وهـٰذا مشهور عند الأصحاب معدود من أصل المذهب .

وفي المسألة وجه آخر ، أن الزوائد لا تلحق (في جواز العقد ، كما لا تلحق) بعد لزومها . وهـٰذا منقاس . وإن كان المشهور غيره .

وقد استقصينا القول في هـٰذا في كتاب البيع .

٣٤٦٨ـ ولو ذكر المتعاقدان في السلم ، أو في بيع الأعيان أجلاً مجهولاً في العوض الثابت في الذمة ، ثم حذفا[(٥)] تلك الجهالة في مجلس العقد ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أن الحذف لا ينفع ، وفساد العقد مستمر . فإن أعاداه على الصحة ، كان عقداً مبتدءاً .

---

(١) ر . بدائع الصنائع : ٥/ ٢٣٧ .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٧ .

(٣) في (ص) ، (ت٢) : ولو .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت٢) .

(٥) الحذف هنا بمعنى القطع ، فمعنىٰ « حذفا تلك الجهالة » : أي قطعا الجهالة بالتعيين .

وذكر **صاحب التقريب** وجهاً غريباً حكاه ، معظم الأصحاب عنه . وهو أنهما لو حذفا الأجل المجهول في مجلس العقد ، فهل ينحذف حتىٰ يحكم بصحة العقد ؟ واحتج عليه بأن [قال][(١)] المتعاقدان في مجلس العقد بمثابتهما بين التواجب[(٢)] ، فكأن العقد لا قرار له ما لم يتفرقا .

وهـٰذا الوجه مزيف لا يستقيم علىٰ قاعدة مذهب **الشافعي** ؛ فإن المجلس إنما يتعلق به الحكم إذا صح العقد ، وإذا ذكر في صيغته مفسدٌ ، فلا عقد ، وإذا لم يكن عقدٌ ، فلا مجلس .

ثم تكلم أصحابنا علىٰ هـٰذا الوجه الضعيف من **وجهين** : **أحدهما** ـ يتعلق بضبط القول في مجرىٰ هـٰذا الوجه وبيان الأحكام التي يجرىٰ فيها هـٰذا الوجه ، والأحكام التي لا يجري فيها .

لا خلاف أن الثمن والمثمن لو أثبت أحدهما على الفساد ، فلا ينفع إصلاحهما في مجلس العقد . وهـٰذا الوجه جارٍ في الأصل كما ذكرناه .

واختلف أصحابنا في جريانه في الخيار الفاسد إذا شرط ، والرهنِ والحَميل ، وزوائدِ العقد : فمن أصحابنا من طرد هـٰذا في جميع الزوائد التي تثبت على الفساد .

والأصح تخصيص ما ذكرناه بالأجل ؛ وسببه أن المتعاقدين في مجلس العقد علىٰ حكم الأجل في الثمن ؛ من قِبَل أن البائع لا يملك مطالبة المشتري بالثمن في المجلس ، وعاقبة المجلس مجهولة ، فكان الأجل مجهولاً ؛ فلم يبعد أن يصلح الأجل في مجلس الخيار ، والكفيل والحميل ليسا في هـٰذا المعنىٰ ، كالأجل . وأمّا شرط الخيار الزائد إذا حذف في المجلس ، فهو أقرب إلى الأجل من الكفيل

---

(١) زيادة اقتضاها السياق . ومن عجب سقوطها من النسخ الثلاث . ويشهد لصحة تقديرنا اتفاق النسخ الثلاث علىٰ لفظ (المتعاقدان) بالألف بعد (أن) مما يشهد أنها بسكون النون ، وليست (أنّ) المشددة . إلا إذا قلنا : إن الإمام جرىٰ هنا علىٰ لغة من يلزم المثنى الألف في كل حال ، وعلىٰ هـٰذا تكون زيادتنا لـ(قال) خطأ .

(٢) يعني أنهما ما داما في مجلس العقد ، فكأنهما مازالا في مجال التخاوض والتفاوض ، وإيجاب كل طرف على الآخر ، ما يريده من العقد .

والحميل ؛ فإنه تأخيرٌ في لزوم العقد وليس كالأجل ؛ فإنه يتصور رفعه على البت[١] . والخيار يتصف به العقد . والأجل فُسحةٌ في عوض العقد .

والحاصل مما رتب في ذلك أن ما صار إليه الجمهور أن الفساد لا يصلح إلا باستئناف العقد .

ي ١٤١ وقال **صاحب التقريب** : فساد الأجل/ يصلح .

وقال غيره : نعم فساد الأجل يصلح ، وكذلك فساد الرهن ، والحَميل ، والخيار .

وقال آخرون : لا يصلح إلاّ فسادُ الأجل والخيار .

فهٰذا ما تكلم الأصحاب فيه .

٣٤٦٩ـ ومما ذكروه تفريعاً علىٰ هٰذا الوجه البعيد أن العقد لو شرط فيه الخيار على الصحة ، وأثبت فيه أجلٌ مجهول ، وتفرق المتعاقدان ، وزمان الخيار باقٍ . فهل يكون الإصلاح في زمان الخيار بعد التفرق بمثابة الإصلاح في المجلس ؟ فعلىٰ **جوابين** : قال قائلون : زمان الخيار بمثابة زمان المجلس في أن جهالة الأجل يصلح .

وهٰذا بعيد ؛ فإن مجلس العقد في حكم الحريم للعقد ، فلا يقاس به الخيار المستمر بعد التفرق .

وكل ذلك خبط ، وخروج عن حد المذهب ، وجريان علىٰ مجاري مذهب **أبي حنيفة** .

والذي صح عندي من قول **صاحب التقريب** : أنا إذا جعلنا[٢] إطلاق السَّلم لا يجوز لتردده بين الحلول والتأجيل . فلو فرض إطلاقه ، ثم تبين حلوله أو تأجيله في المجلس ، فقد قال **صاحب التقريب** : لا يبعد أن يحتمل ذلك ؛ فإن العقد لم يشتمل علىٰ جهالة محققة .

---

(١) في (ص) ، (ت) : اللبث .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : قلنا .

وهـٰذا في هـٰذا الطَّرف بعيد أيضاً ؛ فإنا إذا حملنا إطلاق اللفظ على التردد ، لزم القضاء بالفساد ، وإذا تحقق الفساد ، فلا عقد ولا مجلس .

فَصْلٌ

قال : « ولا يجوز في السلف حتىٰ يدفع الثمن قبل أن يفارقه. . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٤٧٠ـ ذكرنا أن من الشرائط في السلم تسليمَ رأس المال في المجلس . وهـٰذا متفق عليه . ولو فرض التفرق قبل قبضه ، فسد العقد ، ولو جرى القبض في البعض دون الباقي وحصل التفرق ، فسد العقد في القدر الذي لم يجر القبض فيه ، ويسقط بنسبته من المسلم فيه ، وهل يبطل في الباقي ؟ كان **شيخي** يقول : إذا اشتملت الصفقة أولاً علىٰ حلالٍ وحرامٍ ؛ ففي انعقاد الصفقة في الحلال قولان . وإذا انعقد العقد علىٰ عبدين مثلاً ، ثم تلف أحدهما قبل القبض ، وانفسخ العقد فيه ، فهل ينفسخ في العبد الباقي ؟ فعلىٰ قولين مرتبين على التفرّق[٢] في الابتداء والانتهاء . [والانتهاء][٣] أولىٰ بقبول التفرّق[٤] ؛ لأنه صح أولاً ، ثم اختص الطارىء بالبعض .

فإذا وضح طرق الكلام ، فالتفرق في قبض رأس المال بين الدرجتين ، وهو أقرب إلى التفرق في الابتداء من مسألة العبدين ؛ فإن قبض رأس المال ركن السلم ، فالانفساخ فيه جرىٰ بأن يشبه بالفساد .

فليتخيل الناظر **ثلاث** مراتب : **إحداها** ـ العقد . **والثانية** ـ ركن العقد . **والثالثة** ـ طريان الانفساخ على البعض بعد تمام العقد بشرائطه .

ولو سلم رأسَ المال في المجلس ، وتفرقا ، ثم وجد المسلَمُ إليه برأس المال عيباً ، فله رده . وإذا رده ، كان ذلك فسخاً في العقد بعد الصحة وتوفر الأركان . ولو

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٧ .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : التفريق .

(٣) مزيدة لاستقامة النص .

(٤) في (ت٢) : التفريق .

تعذر ردُّ رأس المال بتلف حكمي أو حسِّي ، فيثبت للمسلم إليه الرجوعُ بالأرش ، حتىٰ إذا كان العيب الذي حصل الاطلاع عليه مقدارَ عشر القيمة يسقط[1] في مقابلته عشرُ المسلم فيه ، وهـٰذا هو الأرش .

٣٤٧١ـ ويجب وراء هـٰذا التنبُّهُ **لدقيقتين** : **إحداهما** ـ أن هـٰذه الصورة لا تلتحق بتفريق الصفقة ، حتىٰ يقال : « ارتفع العقد في عشرٍ ، فهل يرتفع في التسعة الأعشار ؟ فعلىٰ قولين » ، بل لا يرتفع في التسعة الأعشار قولاً واحداً . والسبب فيه أن القبض قد جرىٰ في رأس المال . وهـٰذا المستدرك لم يتضمن تبعيض القبض في رأس المال ، والدليل عليه أنه لو كان باقياً ، أمكن الرّضا به . ولـٰكن أثبت الشرع طريقاً في استدراك الظُّلامة ، وجِهةُ[2] الاستدراك عند البقاء[3] الردُّ ، وعند الفوات الأرشُ . والعقد لم يختل ركنه ؛ فالعشر إذن محطوط . ولا يقال : انفسخ العقد فيه ، بل حطه/ مستحق . ش ١٤١ فهـٰذا بيان ما ذكرناه .

ومما وجب التنبّه له أنه إذا سقط العشر مثلاً ، فلا خيار لمن يحط العشر عن استحقاقه . ونحن نُثبت الخيار لخيالات تنحط عن هـٰذا . ولـٰكن الوجه أن هـٰذا حقٌّ مستحَقٌّ شرعاً ، فلا خِيَرَة مع حكم الشرع .

والدقيقة الثانية ـ أن الرد إذا تعذّر ، ففي كلام الأصحاب تردد في أن الأرش يثبت من غير إثبات . أم لا بُدّ من إثباته ؟ ظاهر كلام **القاضي**[4] أن الأرش يثبت من غير حاجة إلىٰ إثباته، وإنما التردد والخِيَرة في حالة البقاء . فإن شاء ردّ . وإن شاء رضي به معيباً .

وسبب التردد أنا لو لم نقل به ، لكان[5] بدوُّ العيب متضمناً انفساخ العقد . وهـٰذا بعيد عن وضع العقد ومصلحته . فأما إذا فات الردّ ، فالوجه ثبوت حق صاحب الحق مع بقاء العقد .

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : يقسط .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : ووجهه .
(٣) في (ص) ، (ت٢) : انتفاء .
(٤) في (ص) : الشافعي .
(٥) في (ص) ، (ت٢) : فكان بدوّ العود .

ومن أصحابنا من قال : لا يثبت الأرش بنفس الاطلاع على العيب مع تعذر الرد ؛ فإنَّ الرضا بالعيب كان ثابتاً في البقاء ، فليثبت إمكانه وحكمه بعدَ الفوات . فعلىٰ هـٰذا يثبت الأرش بالطلب الجازم .

وهـٰذا قريب من التردد في أنّ ملك الشفيع متىٰ يثبت في الشقص المشفوع ، غير أنه يتجه في الشفعة جهاتٌ من القضاء ، وتأدية الثمن والطلب ، وهاهنا لا وجه إلا الربط بالطلب .

فصل

قال : « ويكون ما يسلف فيه موصوفاً . . . إلىٰ آخره »(١) .

٣٤٧٢ـ قد ذكرنا أن أحد شرائط السَّلم كونُ المسلم فيه موصوفاً ؛ فإن الإعلام لا بد منه . فإذا لم يكن عِيانٌ ومشاهدة ، فلا بد من الوصفِ . ثم بعض الأوصاف المقصودة لا تكفي ، ولا بد من استقصاء كل وصف مقصود .

ثم يكفي ـ عند القبض والتسليم ـ في كل وصف ما ينطلق عليه الاسم ، ولا يطلب الأقصىٰ ؛ فالنهايات لا ضبط لها حتىٰ لو أسلم في كاتب ، فيكتفىٰ بما ينطلق عليه اسم الكتابة ، لا يشترطُ التبحر فيها . وكذلك القول في الصفات المشروطة في بيع الأعيان . فإذا شرط كون العبد المشترىٰ كاتباً ، اكتفي في الوفاء بالشرط بالاسم . كما ذكرناه .

ثم من الأوصاف ما يهتدي إليها الخواص والعوام ، كأوصاف الحنطة والشعير ، وما في معناهما ، والثياب المتخذة من القطن ، وما كان من هـٰذا القبيل فأوصافها قليلة . ومنها ما لا يهتدي إلىٰ معرفة أوصافها إلا أهل الصنعة كأنواع القطن والإبريسم والمماليك .

٣٤٧٣ـ وقد ذكر **شيخي** و**صاحب التقريب** في ذلك ترتيباً ، ونحن نطرده علىٰ وجهه . قالا : إذا وقع السَّلم في موصوف أوصافه المقصودة معروفةٌ في الناس ،

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٧ .

فالسلم صحيح لا يأتيه خلل من قبيل الوصف . والأَوْلىٰ إذا تعاقدا أن يُشهدا على الأوصاف ؛ حتىٰ لا يتنازعا ، والإشهاد مستحب غير مستحَق ، ولا يستحق الإشهاد إلا في النكاح .

وإن كان الجنس المطلوب مما يختص بمعرفة صفته المتعاقدان فيما زعما ، فالسلم باطل ؛ فإن المطلوب مجهول عند الناس . ولو تشاجر المتعاقدان لم يُدْرَ كيف تداعيهما ، وعاد مقالهما تراطناً بينهما . وعقد السلم عقد غرر ، فينبغي أن يُتوقَّىٰ أمثالُ ذلك ، ولو لم تُجتنب ، لانضم إلىٰ أصل الغرر في العقد وترتب منهما عَماية .

ولو كانت تلك الصفة بحيث يعرفها عدد الاستفاضة ، فيصح العقد ، ولا يشترط حضور أحد ، بل يشترط ما ذكرناه ، ليعرف عند النزاع تناكرهما[١] وتقارّهما[٢] .

وإن عرف الصفة عدلان ، فهل يعتمد العقد معرفتهما حتىٰ يصح ؟ أم لا بد من عدد الاستفاضة ؟ فعلىٰ **وجهين** .

ي ١٤٢ وزعم **الإمام** أن هٰذا القياس يطرد في تعيين المكيال/ علىٰ ما سنعقد فيه فصلاً . والذي نعجله منه أنهما لو ذكرا مكيالاً شائعاً ، صح التقدير به إذا كان يعرفه أهل الاستفاضة . فإن ذكرا مكيالاً زعما أنهما يعرفانه ، وكان لا يعرفه غيرهما ، فالسلم باطل . وإن كان يعرف ذلك المكيالَ عدلان ، فوجهان إذا لم يَشع العلمُ في عدد الاستفاضة .

وليس ما استشهدنا به في تعيين[٣] المكيال إشارة إليه ؛ فإن ذلك فن يأتي . وإنما هٰذا في ذكر مكيال معلوم أو مجهول ، كما فصلنا .

وهٰذا الترتيب حسن .

[ولٰكن فيما وقع القطع بفساد السلم فيه احتمال . والأظهر الفساد .

---

(١) ناكره : أي خادعه وداهاه . (معجم) .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : أو تفارقهما .
(٣) في (ت٢) : تغيير .

وليس هـٰذا الذي خضنا فيه الفصلَ الموعودَ في][1] ضبط الوصف[2] المعتبر . وذلك يأتي في فصل ، إن شاء الله .

فصل

قال : « قال الله عز وجل ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ﴾ [البقرة : ١٨٩] . . . **إلىٰ آخره »**[3] .

٣٤٧٤ـ الغرض من الفصل أن السلم إذا اشتمل على الأجل ، فلا بد من إعلامه ، فإذا أجل إلىٰ شهر ، صح ، وحمل على الشهر العربي . والشهور العربية بالأهلة ، ومعلوم أن الشهر ينقص ويكمل ، وما يتوقع من كمالٍ ونقصانٍ محتمل بلا خلاف .

ويبعد تطبيق أول الأجل علىٰ أول الشهر ، والغالب أن تردد الشهر يقع في الشهر الثاني والثالث . فإذا وقع التأجيل ثلاثة أشهر ، فلينكسر الأول غالباً ، وكل شهر انكسر في الآجال أكملناه ثلاثين يوماً ، ولم ننظر إلىٰ ذلك الشهر انتقص أم تكمّل ، فإذاً الشهر الثاني والثالث بالهلال ، والشهر الأول المنكسر على الكمال ، فنستكمله من أيام الشهر الرابع . حتىٰ لو وقع الأجل وقد بقي من الشهر لحظة ، انكسر الشهر بها ، ولزم من انكساره إكماله .

وبيان ذلك بالمثال أن ابتداء الأجل لو وقع وقد بقيت لحظة من شهر صفر ، فنقص الربيعان ، ونقص جُمادىٰ ، فأمّا الربيعان فشهران محسوبان بالأهلة ، وأمّا جُمادىٰ فإذا نقص ، كملناه بيوم من جُمادى الآخر .

وكنت أود في هـٰذه الصورة أن نكتفي بالأشهر الثلاثة ؛ فإنها جرت عربية كَوامِل وإن نقصت عدة الأيام . وإنما يكمل إذا كان بقي من الشهر أيام بحيث لا يتمكن من احتساب شهر كاملٍ عربي ، فيأخذ من أيام الشهر الثالث ما يكمل أيام شهر صفر ثلاثين .

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : وصف الفصل .

(٣) ر . المختصر : ٢/٢٠٧ .

فأمّا إذا استمرت لنا أشهر عربية ، فليقع الاكتفاء بهـٰذا .

وعلىٰ هـٰذا أمر العدة المنوطةِ بالأشهر .

وإذا كان الأجل إلى انقضاء شهرٍ ، أو انسلاخه ، أو انقضاء السنة ، جاز .

وإن احتاج المتعاقدان إلىٰ وقفة في درك ما بقي من السنة .

قال الأئمة : هـٰذا في الألفاظ يناظر ربط إعلام المبيع بالعِيان في مثل قول القائل : بعتك من موقف قدمي إلى الشجرة .

ثم كما[1] انقضى الشهر أو السنة حكم بحلول الأجل .

٣٤٧٥ـ وذكر **صاحب التقريب** فصولاً في العبارات عن الأجل . ونحن نذكرها ، ونتخذها أصولاً .

فمنها أنه لو أجل شيئاً إلىٰ نَفْر الحجيج ، فإن قيده بالنفر الأول في سنة مخصوصة ، صح . وإن ذكر النفر مطلقاً ، أو أضافه إلى السنة المعلومة ، ففي المسألة **وجهان** . هـٰكذا ذكر **صَاحب التقريب** : **أحدهما** ـ يفسد الأجل لتردد محله بين النفرين . **والثاني** ـ يصح ، ويحمل على النفر الأول ؛ فإنه تحقق الاسم به . وهو كما لو قال : إلىٰ يوم عاشوراء ، فالأجل صحيح ، وآخره محمول علىٰ أول جزء من اليوم ، فإن الاسم يتحقق به ، فحمل على الأول ، ولم نلتفت إلىٰ تمادي اليوم إلىٰ غروب الشمس .

وألحق **العراقيون** بذلك ما لو أجّله بشهر ربيع أو جمادىٰ من سنة معلومةٍ ولم يذكر الأول والآخر ، وهـٰذا قياسُ ما ذكره **صاحب التقريب**/ في النفر . ش ١٤٢

ثم يلتحق بهـٰذا عندنا أصل نمهده أولاً ، ثم نفرعه ، وهو أن آخر الشهر اسمٌ ينطلق علىٰ ما يبقىٰ بعد نصف الشهر إلى الانقضاء ، وليس المراد بالآخر الجزء الأخير ، فيقال : العشر الأواخر . وأواخر الشهر . والقول في الأول كالقول في الآخر ، فهو اسم ينطلق على النصف ، ولا يتخصص به الجزء الأول .

ثم أطلق أصحابنا وقالوا : إذا قال : إلىٰ آخر الشهر أو إلىٰ أول الشهر الفلاني ،

---

(١) « كما » : بمعنىٰ (عندما) .

كان ذلك مجهولاً ، حتىٰ ينص علىٰ ما يعينه في الأول والآخر .

وهـٰذا مشكل عندي .

وإذا كان الأصحاب يردّدون القول في الربيع المطلق والنَّفرِ ، وحمله بعضهم علىٰ ما ينطلق عليه الاسم أول مرة ، فهـٰذا يتوجه في الأول والآخر من الشهر ، حتىٰ يقال : يحمل الأول على الجزء الأول ، ويحمل الآخر على الجزء الأول من النصف الثاني . وقد ينقدح للفَطن حمل الأخير على الجزء الأخير ، وحمل الأول على الجزء الأوّل .

وإذا لم يكن لصاحب المذهب نص ، ورجع الكلام إلىٰ معاني الألفاظ ، اتسع المقال ، وارتفع الحرج .

ولست أرىٰ مثل هـٰذا مخالفةً في المذهب ؛ فإن المحذور خلاف نص المذهب ؛ كيف وقد نصوا علىٰ أن ذكر اليوم ـ من غير عبارة تقتضي الظرفَ ـ محمول علىٰ أوله وإن كان اسم اليوم يشمل[1] الجميع ، فليكن الأول شاملاً لنصف ، والآخر شاملاً لنصف شمول اسم اليوم لساعات .

فإذا قال : أجلتك إلىٰ يوم الجمعة ، حل الأجل بطلوع فجر يوم الجمعة . وإذا قال : أجلتك إلىٰ شهر كذا ، فكما[2] استهل تبين حلول الأجل معه .

ولو قال : تؤديه في يوم كذا ، أو شهر كذا ، لم يجز ؛ لأنه جعل جميع أجزاء اليوم ظرفاً ومحلاً ، فكأنه قال : محل الأجل وقتٌ من أوقات يوم كذا . وجوز **أبو حنيفة** هـٰذا . وذكر **صاحب التقريب** ذلك وجهاً لبعض أصحابنا ، لم أره لغيره .

وإذا جعل محل الأجل فعلاً يتقدم أو يتأخر ، فهو مجهول . مثل أن يقول : إلى الحصاد أو إلى الدياس . وكذلك إذا قال : إلى العطاء ، يعني خروج الأُعطية . ولو قال : إلىٰ وقت العطاء وكان له وقت معلوم ، جاز ، ولو قال : إلىٰ وقت الحصاد ، لم يجز ؛ لأنه ليس له وقت معلوم .

ولو قال إلى النيروز والمهرجان ، فالمذهب الجواز ؛ لأنه معلوم مفهوم عند

---

(١) في (ت٢) : يحتمل .

(٢) فكما : فعندما .

الناس ، ومنع بعض الأصحاب ذلك ، وهو مشهور ، ولست أرىٰ له وجهاً إلا الحمل علىٰ مسير الشمس ؛ فإن النيروز والمهرجان يطلقان على الوقتين اللذين تنتهي الشمس فيهما إلىٰ أوائل برجي الحمل والميزان . وقد يتفق ذلك ليلاً ، ثم ينخنس مسير الشمس كل سنة بمقدار ربع يوم وليلة وشيء ، ومن اجتماع هـٰذا التفاوت الكبايس في حساب الفلك .

ولو قال : إلىٰ فِصْح النصارىٰ وفطير اليهود ، وكان لا يعرف ذلك ، والرجوع فيه إلى النصارىٰ واليهود ، فهـٰذا مجهول ، ولا سبيل إلى اعتماد قول الكفار . هـٰكذا قال **الشافعي** .

ولو أسلم منهم طائفةٌ ، وأجّلوا بالفصح والشعانين ، وكانوا يعرفون ، فمفهوم نص **الشافعي** في التعليل بالمنع عن الرجوع إليهم يدل علىٰ أن ذلك جائز في الذين أسلموا ، وهم لا يحتاجون إلى المراجعة .

ومن أصحابنا من لم يجوز ذلك . ولا محمل له إلا اجتناب التأقيت بمواقيت الكفار . ويمكن أن يقرب من اختصاص المتعاقدين بمعرفةِ الأجل حتىٰ ينزّل هـٰذا علىٰ ما ذكرناه في الوصف النادر ، والمكيال النادر/ . ي ١٤٣

فصل

قال : « وإن كان ما أسلف فيه مما يكال ، أو يوزن سمّيا مكيالاً معروفاً عند العامة . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٣٤٧٦ـ القول في هـٰذا الفصل يتعلق بأمرين : **أحدهما** ـ ذكر المكيال مطلقاً . **والثاني** ـ تعيين المكيال بالإشارة . فأمّا ذكر المكيال مطلقاً ، فقد تقدم بما ذكرنا العامُّ والمستفيضُ ، وما لا يعرفه غير المتعاقدين ، وما يعرفه عدلان سواهما .

وهـٰذا كالوصف .

والغرض الآخر من الفصل التعيين .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٧ .

والقول في هٰذا ينقسم إلىٰ ما يشار إليه (١ في بيع العين ، وإلىٰ ما يشار إليه ١) في السلم . فأما تفصيل القول فيما يشار إليه في السلم ، فإن وقعت الإشارة إلىٰ قصعةٍ ما جرى العرف في الكيل بها وبأمثالها ، فقد اتفق الأئمة علىٰ بطلان السلم . والسبب فيه أن مِلأه[٢] مجهول ، والمسلم لا يدري أن ما أسلم فيه ما سعره ؟ أرخيص هو أم غال ؟ وينضم إلىٰ ذلك أن القصعة عرضة التلف ؛ فهٰذا غرر أُدخل على السلم من غير مَرْفِق . ولو تلفت القصعة ، لم يدر المتعاقدان إلىٰ ماذا رجوعهما .

وإن أشار إلىٰ مكيال ملؤه معلوم ، وشرط أن يقع الكيل به دون غيره ، ففي المسألة **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ أن العقد يفسد ؛ لإلزام ما لا يلزم ، مع تعرض ذلك المعين للتلف ، كما قدمناه . **والوجه الثاني** ـ أن السلم يصح ، والمعقود عليه ملء ذلك الصاع ، وتعيين ذلك فاسد ، لا يتعلق بغرض العقد ، وقد ذكرنا أن الشرائط التي لا تتعلق بغرض العقد ملغاة ، لا حكم لها .

هٰذا قولنا في تعيين المكيال بالإشارة في السلم .

٣٤٧٧ـ فأما التعيين في بيع العين ، فإذا قال : بعتك ملءَ هٰذه القصعة من هٰذه الصُّبرة ، فالأصح الصحة . وفيه وجه أنه لا يصح ؛ لجهالة المعقود عليه ، والعِيان غيرُ محيط بالمبيع ، وإنما إحاطته بطرفه . والأصح الوجه الأول ؛ فإن التعويل الأظهر علىٰ ما ذكرناه من الغرر في السلم ، ولا غرر هاهنا .

ولو عين مِكْيَالاً معتاداً في بيع العين ، وشرط الكيلَ به ، فبيعُ العين والسلم بمثابةٍ في هٰذه ؛ فإن ملء الكيل معلوم في العقدين ، والمكيال لا يتعين بالشرط فيهما . وإنما الكلام في الحكم بشرط لا يلزم ولا يتعلق بغرض العقد . والسلم الحال بين بيع العين والسلمِ المؤجل . فمن أصحابنا من ألحقه بالقصعة والمكيال المعلوم بالبيع ، ومنهم من ألحقه بالسلم المؤجل .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من : (ص) ، (ت٢) .

(٢) كذا بتذكير الضمير علىٰ تأويلٍ بمعنى المكيال .

فَصْلٌ

قال : « ويكون المسلم فيه مأموناً في مَحِلِّه . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٣٤٧٨ـ أراد بذلك أنَّ المسلم فيه ينبغي أن يكون بحيث يغلب وجوده في العادة عند المحل المشروط . فلو كان معدوماً عند المحل ، فالسلم باطل قولاً واحداً ، وهو كما لو جعل محلَّ الرطب الشتاءَ أو الربيع ، وكذلك لو كان نادر الوجود بحيث يتعذر تحصيله ، وقد لا يصادَف ، فلا يصح السلم . وهـٰذا هو المعني بقول الفقهاء : لا يصح السلم فيما يعسر وجوده ، ومثّل الأئمة هـٰذا بالسلم في قدرٍ [صالح][(٢)] من تمرٍ في أول ما يدرك الجنس ، وهو إن وجد ، فقليلٌ يُتهادىٰ باكورُه[(٣)] ، وظهور التعسّر في التحصيل كالعدم ، وهو بمثابة ما لو باع عبداً آبقاً وكان ردُّه عسراً ، فالبيع باطل ، وإن لم يكن مأيوساً .

وهـٰذا فيه فضل نظر .

فإن كان المسلمُ فيه مما يغلب على القلب فقده ، ولا يبعد ـ علىٰ ندورٍ ـ وجودُه ، فالسلم باطل . وإن كان مما يغلب على القلب وجوده ، ولـٰكن كان لا يتوصل إلىٰ تحصيله إلا بمشقة عظيمة ، ينكف بمثلها الطالبون عن الطلب غالباً ، فمن أئمتنا من قال : السلم باطل في هـٰذه الصورة ؛ لأنه عقد/ غررٍ ، فلا يحتمل معاناة المشاق العظيمة . ومنهم من قال : إنه يصح . ولعله القياس . ش١٤٣

والمسلم إليه إذا التزم أمراً وكان التحصيل فيه ممكناً غالباً ، فعليه الوفاء بما التزمه علىٰ يسر أو عسر . والشرط عند هـٰذا القائل إمكان التحصيل في الوقت المشروط من غير استئخار فيه .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٧ .

(٢) في الأصل : صاع . والمراد « بقدرٍ صالحٍ » هنا ، أي مقدارٍ كبير غير معهودٍ أو متوقَّعٍ في بواكير الثمار .

(٣) الباكور : أول ما يدرك من الثمر .

فصل

٣٤٧٩ـ ذكر **الشافعي** من هـٰذا الموضع إلىٰ آخر الباب تفاصيلَ ما يجب ذكره من الأوصاف في الأجناس التي يصح السلم فيها ، وعقدَ بعد نجاز غرضه باباً فيما يصح السلم فيه . ونحن نذكر الأجناسَ التي ذكرها علىٰ ترتيب **السواد** ، ونورد في كل جنس ما ذكره الأصحاب . ثم نُعقب المسائلَ بما وعدناه من الضبط في الصفات ، إن شاء الله تعالىٰ .

قال : « فإن كان تمراً قال : صَيْحاني أو بَرْني »[1] فالمراد أنه إذا أسلم في تمر ، فلا بد من ذكر نوعه ولونه ، ولا بد من ذكر كونه حديثاً أو عتيقاً .

وقد ردد أصحابنا ذكرَ الحديث والعتيق في الأطعمة . وليس يطرد القول فيها علىٰ منهاجٍ واحد ، فكل جنس يختلف الغرض والثمن فيه بأن يكون جديداً أو عتيقاً ، كالتمر الذي نحن في بيانه ، فلا بد من التعرض له . وكل جنس لا أثر للحدوث والعتق فيه ، فلا حاجة إلى التعرض لذكره . فلو أسلم في الرطب ، ذكر فيه ما ذكرناه في التمر ، ولا يتعرض للحدوث والعتق .

وإن أسلم في حنطة ، ذكر الأوصاف المقصودة فيها ، وتعرض لنوعها ، فذكر أنها شامية أو ميشانية[2] . وإن كان يختلف الغرض باختلاف البقاع ، نسبها إلى الناحية المقصودة ، ويصفها بالحدارة[3] والدقة . وذكر بعض أصحابنا أن التعرض للحدوث والعتق واجب فيها ، كما ذكرناه في التمر .

وقال آخرون : لا يجب ذكرهما ؛ فإن الغرض لا يختلف في الحنطة . فإن وقع التعرض لذلك ، كان احتياطاً ؛ فإن العتق المحذور فيها يُدنيها من التسويس ، ومطلق العقد يقتضي سلامةَ المسلم فيه ، فلا حاجة إلىٰ ذكر ذلك .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٧ .

(٢) نسب إلىٰ (ميشة) من قرىٰ جرجان (ر . معجم البلدان) . والنسبة هنا علىٰ غير قياس .

(٣) الحدارة : الغلظ (معجم) .

ثم قال الشافعي : ويذكر حالاً أو مؤجلاً . وهـٰذا تعلَّق به مَنْ شَرَطَ التعرض للحلول والتأجيل . ومن لم يشترط ذلك وحمل المطلق على الحال ـ وهو الصحيح ـ حمل ما ذكره الشافعي على الاحتياط .

ثم قال في الحنطة : يصف حصادَ عامٍ مسمّى . وهـٰذا إن كان مقصوداً ، فالأمر فيه يتوقف علىٰ أن ذلك هل يدرك ، وإن أُدرك ، فهل يشيع إدراكه ؟ وقد مضىٰ فيه قول بالغ .

فصل

قال : « ويكون الموضع معروفاً . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٤٨٠ـ من أصحابنا من قال : أراد الموضعَ الذي يرتفعُ[2] منه الطعام المسلم فيه ، فيذكر أنه تمر ناحية كذا ، وفُرض فيه إذا كان الغرض يختلف بهـٰذا ، أو كانت الناحية التي سماها لا يخلُف[3] رَيْعه غالباً .

فإن كان موضعاً ضيقاً كقرية صغيرة ، أو مَحِلة ، أو بستان ، فقد أطلق أصحابنا أن هـٰذا النوع من التعيين يُبطل السلم .

وفي هـٰذا نظر ومباحثة . فإن أشار إلىٰ نخلة أو نخلات ، أو بستان يحوي نخلات ، فالسلم باطل . واختلف أصحابنا في تعليله : فمنهم من قال : سبب البطلان التعيينُ ، وهو منافٍ للدَّيْنيّة المرسلة . وحق المسلم فيه أن يكون ديناً مرسلاً ينبسط الملتزِمُ[4] في تحصيله علىٰ يسر ، فإذا عُينت نخلة أو نخلات ، ضاق مجال التحصيل . وكان المعيَّنُ عرضة للآفات ، فيجتمع فيها ظهورُ توقّع الآفة ، وضيق مجال التحصيل .

وهـٰذا القائل/ يقول : المعتبر ما دللنا عليه بمنظوم الكلام ومفهومه ، حتىٰ لو عيّن ي ١٤٤

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٧ .

(٢) يرتفع : ينتقل . (معجم) .

(٣) في (ت٢) : يختلف . ويخلف معناها يتخلف ، وينقطع .

(٤) في (ص) ، (ت٢) : ينبسط المسلم الملتزم .

ثمار ناحية متسعة يبعد أن يعمها آفة ، ولا يضيق مجال التحصيل فيها ، فالسلم صحيح .

وسلك بعض أصحابنا مسلكاً آخر فقيهاً[١] فقال : كل تعيين يضيِّق المجال ، يفسد السلم ، وإن لم يضيِّق المجالَ ، فالشرط أن يفيد التعيينُ نَوعيَّةً في المذكور ، وهو بمثابة تمر البصرة ، أو تمر ناحية أخرىٰ ، لو قيس به تمر ناحية أخرىٰ . وإن جمعهما الصنف اشتمالاً لا يجمعهما النَّوعية ، وهـٰذا كالمعقلي البصري ، يمتاز عن المعقلي البغدادي لا محالة . وهـٰذا عام في فواكه النواحي . ولعله من الأهوية والتربة ، في مطرد العرف .

فما كان كذلك ، صح . وما لم يكن كذلك ، فالتعيين فيه مفسد ؛ فإنه تعيين لا غرض فيه .

فخرج أن من أصحابنا من اعتبر في الجواز اتساعَ[٢] المحل ومنهم من اعتبر ذلك ، واعتبر معه غرضَ النوعية . ثم من لم يعتبر غرضَ النوعية ، ففي قوله احتمال عندي ، يجوز أن يتعين رَيْع القطر الذي عينه ، ويجوز أن يقال : الغرض تحصيله أو تحصيل مثله ، ويلغو ذكر التعيين ، كما يلغو تعيين الصاع في وجه إذا كان له أمثال . ومن اعتبر النوعية ، فإذا عينها وبنى العقدَ عليها ، فلو فُرض تمر بغداد مساوياً لتمر البصرة من كل وجه ، فهـٰذا القائل يكتفي به لا محالة ، ويقول : لم يكن الغرض بتعيين الناحية التعيين على الحقيقة ، ولـٰكن الغرض العبارة عن النوع . [والأوصاف][٣] قد لا تصاغ لها عباراتٌ فردة ، وإنما تستبان بالإضافات .

هـٰذا تفصيل القول في التعيين المصلح ، والتعيين المفسد .

٣٤٨١ـ ومن أصحابنا من حمل قول الشافعي : « **ويكون الموضع معروفاً** » علىٰ مكان التسليم . والنصوص مترددة في هـٰذا ، والأصحاب مختلفون فيه .

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : فقهياً .
(٢) في (ص) : اتباع ، (ت٢) : اتباع المحل .
(٣) ساقطة من الأصل .

والترتيب أن عقد السلم إن جرىٰ في مكان لا يصلح للتسليم بأن كان في مفازة ، فلا بد من تعيين مكان التسليم .

وإن وقع العقد في مكان يصلح لتسليم المعقود عليه فيه ، فهٰذا موضع التردد .

من أصحابنا من قال : إن كان لحَمْل المسلم فيه مؤنة ، وجب تعيين مكان التسليم ذِكراً ، فإن لم يذكر ، فسد العقد ، وإن لم يكن لحمل المسلم فيه مؤنة ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ يجب التعيين ؛ فإن الأغراض تختلف باختلاف أماكن التسليم ، وليست المؤنة كل الغرض . **والثاني** ـ لا يجب ، ويحمل مطلق العقد على استحقاق التسليم في مكان العقد .

ولم يصر أحد إلىٰ صحة العقد ، وإرسال مكان التسليم ، بل إما الفساد وإما تعيين مكان العقد .

وهٰذه الطريقة في الترتيب هي الصحيحة .

ومن أصحابنا من عكس ، وقال : إن لم يكن للحمل مؤنة ، لم يعتبر المكان ، وتعيّن مكان العقد . وإن كانت ، **فقولان** : **أحدهما** ـ الفساد . **والثاني** ـ الصحة . ووجهه أن العرف يَحمل التسليمَ علىٰ مكان العقد .

وهٰذا لا يسلمه القائل الأول .

ومن أصحابنا من طرد القولين فيما فيه مؤنة ، وفيما لا مؤنة فيه .

وطرد المحققون أصلاً علىٰ هٰذا في جميع الديون ، فقالوا : إذا عجل من عليه الدين المؤجل ما عليه ، فامتنع مستحق الدين ، فإن كان له غرض من توقي نهب أو غارة ، أو فساد يتسرع إلىٰ ما يقتضيه ، فله الامتناع . وإن لم يكن له غرض في الامتناع ، نُظر : فإن كان للمعجِّل غرضٌ في التعجيل من فك الرهن أو غيره من الأغراض/ الصحيحة ، فظاهر المذهب أن مستحق الدين مجبر علىٰ قبضه ؛ إذ لا غرض له في الامتناع ، وللمعجل غرض [في التعجيل . وإن لم يكن للمعجل](١) غرض ظاهر ولا للممتنع غرض بيِّن ، ففي المسألة **قولان** .

ش ١٤٤

---

(١) ساقط من الأصل .

ومن أصحابنا من قال بطردِ القولين في الدين المؤجل ، وإن كان للمعجل غرض .

ثم كيفما فرض الأمر ، فمقصودنا من الفصل أنا إن أجبرنا على القبول ، أو فرضنا في الدين الحال ، وجرينا على الأصح من أنه يجبر المستحِق على القبول ، فإنما يجري الإجبار إذا كان المسلم يُسلِّم ما عليه في المكان المتعين شرعاً أو ذكراً ، فمن أراد التسليم في غيره ، لم يجز ، ولم يجبر صاحبه .

٣٤٨٢ـ ثم قال الشافعي : « ولا يستغنىٰ في العسل . . . إلىٰ آخره »[1] .

إذا أسلم في العسل ذكر في أوصافه أنه جبلي ، أو بلدي . والجبلي خير ، وأنه خريفي أو ربيعي ، والخريفي خير ، ويصف اللون ، ويختلف الغرض فيه . ولا يشترط أن يذكر كونَه مصفَّىٰ من الشمع ؛ لأن الإطلاق يقتضي ذلك ، واسم العسل لا ينطلق على الشمع . ثم إن أتىٰ به مصفىٰ بالشمس أو بالنار اللَّينة القريبة من الشمس حتىٰ لا تعقد أجزاء العسل ، ولا تزيد علىٰ تمييز الشمع ، فيقبل ذلك . وإن كانت النار أثّرت في التعقيد ، لم يقبل .

ولا حاجة إلىٰ ذكر هٰذه التفاصيل في العقد ؛ فإن العسل المطلق هو النقي عن الشمع ، من غير أن يلحقه عيب . والتعقيد في العسل عيبٌ ؛ ولا حاجة في السلم إلى التعرض للبراءة من العيوب ، لا مجملاً ، ولا مفصلاً ؛ فإن استحقاق السلامة مقتضىٰ إطلاق العقد .

ولو جاء بعسل ذائب ، فإن كان بحرارة الهواء ، قُبل ، وسيتماسك إذا اعتدل الهواء . وإن كان انمياعه بعيب ، لم يقبل .

والسلم في الشّهد[2] جائز ، وإن كان مركباً . وهٰذا النوع من التركيب له أثر في بيع العين . ولذلك لم نجوّز بيعَ الشهد بالشهد ، وجوزنا بيع اللبن باللبن . والسبب فيه أن تعويل السلم على الوصف ، لا علىٰ صورة التركيب والاتحاد ، والوصف يحيط

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٧ .

(٢) الشّهد (بفتح وضم) : العسل في شمعه .

بالشّهد ، وليس كالمعجونات ذوات الأخلاط المقصودة ؛ فإنا سنذكر بعد هـٰذا أن السلم فيها باطل ، ونوضح الفرق إذ ذاك .

٣٤٨٣ـ ثم قال : « ولو اشترط أطيب الطعام أو أرداه لم يجز . . . إلىٰ آخره »(١) .

أما لو ذكر الأجود ، فإنه لا يجوز ؛ فإنه لا جيد إلا ويُرتَقب فوقه أجود منه ، فيؤدي ذكر الأجود إلىٰ نزاع لا ينقطع . وأما ذكر الجيد ، فليس كذلك ؛ لأنه ينزل علىٰ أدنىٰ درجات الجودة ، وتنقطع الخصومة .

وأما السلم في الرديء شرطاً وذكراً ينظر فيه ، فإن كان رداءة النوع ، كالسلم في النوع الرديء من التمر ، مثل مصران الفارة ، والجُعْرور ، فالسلم صحيح .

وإن لم يتعرض للنوع الرديء ، ولـٰكن ذَكَرَ لفظَ الرديء مع ذكر النوع ، فالسلم باطل ؛ فإن الرديء إذا لم يرد به النوع ، جر نزاعاً لا ينقطع ؛ فإن المسلَم يأتي برديء ، فيقول المسلِم : هـٰذا غاية في الرداءة ، ولست أرضىٰ به ، ودون هـٰذا رديء لا يبلغ هـٰذا المبلغ في الرداءة .

ي ١٤٥ ولو أسلم في نوعٍ وعيّنه ، وذكر الأردأ ، ففي المسألة/ **قولان** : **أحدهما** ـ أن العقد يبطل لذكر الرديء . **والثاني** ـ لا يبطل ، فإن جاء المسْلَم إليه برديء ، فقال المسلِم : أريد أردأ من هـٰذا ، لم يلتفت إليه ، وعُد متعنتاً في طلب الأردأ . وإن طلب أمثل مما جيء به ، لم يكن له ذلك ، وقد ذكر الأردأ .

وقد ردد **الشافعي** شرط الجيد في كل صنف . واتفق الأئمة علىٰ أن ذكر الجيد ليس بشرط ؛ فإن مطلق الجيد معناه السليم من العيب ، وهـٰذا يقتضيه العقد من غير ذكرٍ ، فإن ذكر ، فلا بأس ، وكان احتياطاً .

٣٤٨٤ـ ثم قال : « وإن كان ما سلف فيه رَقيقاً . . . إلىٰ آخره »(٢) .

ذكر في أوصاف العبيد ألفاظاً ، نذكرها ، ونذكر اختلاف الأصحاب في معناها ، ولا اطلاع على المرعي من صفات العبيد والحيوانات إلا في الفصل الضابط .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٧ .

(٢) ر . المختصر : ٢/٢٠٧ .

قال الشافعي رحمة الله عليه ـ قال : « **عبداً نوبياً خُماسياً أو سُداسياً ، ووصف سنَّه** »[(١)] .

فمن أصحابنا من قال : أراد بالخماسي والسداسي ذكر المولد ، أي بذكر أنه خمس أو ست ، وقوله : « ووصف سنَّه » أراد الأسنان المعروفة ، أي يذكر أنه أفلج الأسنان أو أدردها ، وغير ذلك من صفات الأسنان . قال الأصحاب : وهٰذا احتياط ليس بواجب .

ومنهم من قال : أراد بالخُماسي والسُّداسي القامةَ ، أي يذكر أن طوله خمسةُ أشبار أو ستةُ أشبار . وهٰذا القائل يقول : قوله ووصف سنَّه أراد به المولد .

وقال الأئمة : لا بد من ذكر السن والنوع ، فيذكر أنه تركي أو هندي ، واللون : فيذكر أنه أسود ، أو أبيض . ولا بد من ذكر الأنوثة والذكورة ـ ثم معرفة السن من المولودات فينا متيسرة . فأما الجليبة فقلَّما يُعرف سنُّها إلا أن تُفرضَ بالغاً ، فيرجع إلىٰ قولها .

٣٤٨٥ـ ثم قال : « ولا يشترط معها ولدها . . . إلىٰ آخره »[(٢)] .

أراد به إذا وصف جاريةً وصفاً يضبطها ، وشرط أن يكون معها ولدها الرقيق ، فهٰذا باطل ؛ لأنه يتصل بما يعزّ وجودُه .

والقول في ذلك يتفاوت ، فالزنجية التي لا تكثر صفاتها لا يعزّ ولدُها معها . وإن كانت الجارية تُطلبُ[(٣)] حَظِيةً وسُرِّية[(٤)] ، فصفاتها تذكر ؛ فتكثر ، فإذا ضم إليها شرطُ ولدها ، التحقت بما يعزّ . وقد ذكرنا التفصيل فيما يعز وجوده ، وما يمتنع السلم فيه لأجل العزّة .

فإن أسلم في جاريتين ، وتناهىٰ في وصفهما ، فجيء بهما وإحداهما أمٌّ والأخرىٰ بنت ، فلا بأس إذا كانتا على الصفات المطلوبة .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٧ .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٧ .
(٣) ساقطة من (ص) ، (ت٢) .
(٤) في (ص) : أو .

وإن أسلم في جارية وشرط كونَها حبلىٰ ، فإن جرَّ ذلك عِزَّةً ، لم يصح السلم . وإن كان لا يعز [ذلك][1] بأن لا تكون الجارية مطلوبة للتسري ، وإنما تُطلب للحضانة ، فهٰذا الآن وإن كان يعم ، يخرّج على القولين في أن من اشترىٰ جارية معينة علىٰ أنها حبلىٰ هل يصح ذلك ؟

والقولان يقربان في الجارية المعينة ، فما استنبطه الأئمة من القولين من معاني كلام **الشافعي** في أن الحمل هل يقابله قسط من الثمن ؟ [فإن قلنا : لا يقابله ، فهو صفة ، ولا يعد في ذكر الصفات الممكنة . وإن قلنا الحمل يقابله قسط من الثمن][2] فإذا ذكر ، فقد جُرِّدَ مقصوداً ، وهو مجهول ، فالسلم يخرج علىٰ هٰذا .

٣٤٨٦ـ ثم قال : « وإن كان في بعيرٍ ، قال : من نَعَم بني فلان ، ثَنِيّ غيرُ مُودَن نقي من العيوب ، سبط الخلق ، أحمر مُجْفَرَ الجنبين »[3] .

والثنيُّ الذي استكمل خمس سنين ، والمُودَن الناقص القصير ، ومُجْفَرُ الجنبين عظيمهما .

ش ١٤٥ قال الأصحاب : أمّا ذكر الثنيِّ ، فلا بد منه/ ، فيذكر أنه ابنة لبون أو بنت مخاض . أو ما يريده . والتعرض للذكورة والأنوثة محتوم .

قال : « **ويذكر أنه من نَعَم بني فلان** » .

والغرض يختلف بهٰذا . والشرط أن تتسع نَعَمُ بني فلان ، بحيث لا ينتهي الأمر إلىٰ عزّة الوجود .

فأما قوله : « نقياً من العيوب » ، فاحتياطٌ ؛ فإن مطلق العقد من اقتضاء السلامة يغني عن هٰذا .

ثم ذكر السلم في الخيل . فلا بد من ذكر النوع ، عربي أو تركي ، وذِكرُ الألوانِ ،

---

(١) في الأصل : السلم .
(٢) ساقط من الأصل .
(٣) ر . المختصر : ٢/٢٠٧ .

والأسنان لا بد منه . وقال الأصحاب : الشياتُ[١] ذِكرُها احتياطٌ كالأغر ، واللطيم[٢] ، والمحجّل ونحوها . فلا يجب التعرض لذلك .

٣٤٨٧- ثم قال : « **يصف الثيابَ ويذكر جنسها ، وأنها من كتان أو قطن أو إبريسم ، والصفاقة والرقة ، واللين والخشونة ، والطول والعرض ، ونسجَ البلد : اسكندراني أو يماني أو هَرَوي أو مَرْوي** »[٣] .

قال الأصحاب : هٰذا إذ كان يختلف الغرض باختلاف نسج البلاد ، فأما إذا كان نَسْجُ ذلك الثوب في البلاد علىٰ قريب من الاستواء ، فلا معنىٰ للذكر .

وذَكَر السلمَ في النحاس ، فيذكر النوعَ واللونَ . والقَدْرُ لا بد منه .

والحديد يذكر أنه ذكر[٤] أو أنثىٰ[٥] .

فأمّا الأواني المتخذة من هٰذه الجواهر ، ففيها كلام يأتي في الباب المشتمل علىٰ ذكر ما لا يجوز السلم فيه .

٣٤٨٨- وذَكَر السلمَ في اللحم . وهو جائز ، فيذكر الجنسَ والنوعَ : لحمَ بقر أو غنم ضأن أو ماعز ، من رضيع أو فطيم . ويذكر المحل الذي منه يعطىٰ ، ويبيّن أنه لحم فخذ ، أو كتف ، أو جنب . ويذكر الذكورةَ والأنوثة . وإذا شرط الذكورة ، ذكر أنه خصي أو غيرُه ، ويذكر أنه لحم راعيةٍ أو معلوفة . ثم الاكتفاء في العلف بالمرة والمرات ، حتىٰ ينتهي إلىٰ مبلغ يؤثر في اللحم ، ولا يشترط أن يبيّن كونه منزوعاً عن

---

(١) الشيات جمع شية ، وهي العلامة ، أو سواد في بياض ، وبياض في سواد ، وكل ما خالف اللون في جميع الجسد . (معجم) والمراد هنا العلامات تكون في الخيل .

(٢) اللطيم من الخيل : الذي يأخذ البياض خدّيه . (مصباح) .

(٣) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٧ ، مع اختلاف في اللفظ .

(٤) لما أصل إلىٰ معنىٰ لذكورة الحديد وأنوثته ، ولم يذكره الأزهري في غريب ألفاظ الشافعي ، مع أنه ذكر ألفاظاً أوضح من ذلك ، ولعله كان معروفاً عندهم ، فلم يحتج إلىٰ بيانه ، ويلوح لي أن الأمر يتعلق بالصلابة وقابلية الطرق ، فالحديد منه : الزهر ، والمطاوع ، والصلب (المعجم) .

(٥) ر . المختصر : الموضع السابق نفسه .

العظم ، بل يصح السلم مطلقاً ويجبر المسلِم علىٰ قبول العظم المعتاد ، في العضو المذكور ، وينزل العظم في اللحم منزلةَ النواة من التمر .

ثم قال : « **وأكره اشتراط الأعجف والمشوي والمطبوخ** »(١) .

وهـٰذا كراهية تحريم ؛ لأن الأعجف معيب ، وشرط العيب مفسدٌ ، وهو شرط الرديء الذي سبق الكلام فيه . فإن أراد بالأعجف الذي لم يسمّن ، فلا بأس .

وأما المشوي والمطبوخ ، فقد قال الأصحاب : لا يصح السلم فيهما ، لخروج أثر النار عن الضبط .

هـٰذا مقتضى النص وهو الذي أطلقه الأصحاب في الطرق .

قال **الصيدلاني** : إن كان الشي والطبخ بحيث يمكن ضبطه ، فلا بأس ، وهو كالسلم في الخبز ، ولا خلاف في جواز السلم في الخبز . و[الطِّلَىٰ](٢) والدِّبس ، والسكر ، والفانيذ .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً بعيداً في منع السلم في الدِّبْس والخبز ، أخذاً من منع بيع الدبس بالدبس . والأصح الجوازُ . والفقيه من يُنزل كلَّ باب علىٰ معتاده ، والمماثلة مرعية في بيع الأعيان الربوية المتجانسة ، وذلك يختلف باختلافِ تأثير النار ، كما قررناه في باب الربا ، والمرعي في السلم قربُ الضبط . وهـٰذا مع الواصف البالغ في الدبس والخبز قريبٌ .

٣٤٨٩ـ وذَكَر السلم في لحم الصيد(٣) ، وسبيلُ الوصف فيه بيّن . وينبغي أن يكون بحيث لا يعزّ وجودُه .

وذكر السلمَ في السمن ، فنقول سمن ماعز ، أو ضأن ، أو بقر . وإن كان يختلف بالبلاد ذكرها .

وذكر السلم في اللبن ، وبين أوصافه علىٰ ما/ ينبغي . وذكر من جملتها ي١٤٦

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٧ ، ٢٠٨ .
(٢) ما طبخ من عصير العنب . (معجم) . وهي ساقطة من الأصل .
(٣) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ .

الأوارك[١] ، وهي التي ترعى الأراك ، والمعلوفة ، والراعية . فإن كان الغرض يختلف بجميع ذلك ، فهي مشروطة . وإن كان الأمر لا يختلف ، فلا يشترط ذكر ما لا يختلف الغرض به . ولا يشترط أن يقول لبنَ حليب ؛ فإن الإطلاق يقتضي انتفاء الحموضة ؛ إذ الحموضة في اللبن عيبٌ ؛ ولا يجوز السلم في المعيب .

قال : « **ولا يسلم في المخيض ؛ لأن فيه ماء** »[٢] .

فإن كان كذلك ، فهو ملتحق بالمختلطات ، وسنعقد فيها فصلاً الآن . وإن لم يكن فيه ماء ، فالسلم في المخيض جائز .

فإن قيل : إنه حامض . قلنا : أدنىٰ حموضة في المخيضِ مقصودة . والحموضة في اللبن عيب .

فصل

قال : « وكذلك كل مختلط . . . إلىٰ آخره »[٣] .

٣٤٩٠ـ منع **الشافعي** السلم في المختلطات ، وقد رتبها **العراقيون** ترتيباً حسناً . فقالوا : هي علىٰ **أربعة أوجه** : فمنها مختلط من جهة الخلقة ، وهو في نفسه يعد موصوفاً مضبوطاً ، فالسلم فيه جائز كاللبن ، والشّهد .

ومنها مختلط خليطهُ من مصلحته ، وذلك الخليط في نفسه غير مقصود ، وهو كالجبن تخالطه الإنفحَّة[٤] ، ولـٰكنها غير مقصودة في نفسها ، وكأنها كالمستهلكة ، والجبنُ علىٰ حكم الجنس الفرد ، وكذلك الخبز فيه الملح والماء ، ولـٰكنهما غيرُ مقصودين .

والضرب الثالث ـ مختلط ذو أركان ، وكل ركن منه مقصود ، ولا ينضبط أقدارُ

---

(١) أوركت الإبل رعت الأراك ، فهي أوارك .
(٢) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ .
(٣) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ .
(٤) بتثقيل الحاء ، وتخفيفها . وفيها لغة بالميم المكسورة ، بدل الهمزة المكسورة . (المعجم) .

الأخلاط ، فلا يصلح السلم فيه ، كالغالية من العطر ، والمعاجين والجُوَارِشْنات[١] ، وكالهرائس من المطبوخات ، ومعظمِ المرق ذواتِ الأخلاط المقصودة .

والضرب الرابع ـ مختلط في الصورة ولـٰكن يتأتىٰ ضبط ذلك لكل قسم منه ، وهو مثل الثياب التي نسجت من الغزل والإبريسم ، والخزوز[٢] بهـٰذه الصفة . فإن لم يتأت الضبط ، فالسلم باطل ، كالسلم في المعاجين .

وإن أمكن الضبط ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن السلم يصح لإمكان الضبط . **والثاني** ـ لا يصح ؛ فإن أحد القسمين لا يتميز في الحسّ عن الثاني في الثياب العتّابية[٣] ونحوها . وهـٰذا عندي قياسٌ .

ونقل **بعض المعتمدين** أن **الشافعي** نص علىٰ جواز السلم في الخزوز ، فإن صح هـٰذا ، فالخزوز أنواع ، فلعله جوّز السلم فيما يتحد جنسه ، ومنه **ما** لا يكون كذلك .

ولو جوزنا السلم في الثياب المختلطة من غير أن يتميز في الحس قسم عن قسم ، لوجب تجويز السلم في المعاجين تعويلاً علىٰ قول العاجن ، وإذا لم يجز ذلك ، فسبب المنع ما يتوقع من تنازع بين المسلِم والمسلَم إليه . ومثل هـٰذا غير محتمل في السلم .

وعدّ **المزني** لما ذكر المختلطات من الأدوية ، وفنون الطيب من جملة ما لا يجوز السلم فيه الأدهانَ المربية[٤] المطيّبةَ ، كدهن البنفسج والورد ، وما أشبههما . وأجمع الأصحاب علىٰ أن ما قاله غلط غيرُ راجع إلىٰ مأخذ الأحكام ، ولـٰكنه أمرٌ تخيّله في التصوير ، فظن أن هـٰذه الأدهان خالطها أشياء ليست منها ، وهـٰذا خطأ ؛ فإن أصول

---

(١) الجوارشنات ، يظهر من السياق أنها نوع من المخلوطات . وفي اللسان عن النهاية لابن الأثير : « أهدىٰ رجل من أهل العراق إلى ابن عمر جُوارِشن ، قال : هو نوع من الأدوية المركبة ، يقوي المعدة ، ويهضم الطعام » ، قال : « وليست بعربية » . (اللسان : مادة : ج . ر . ش . ن) .

(٢) الخزوز جمع خز ، وهو ما ينسج من الثياب من صوفٍ وإبريسم .

(٣) لعلها نسبة إلىٰ محلة ببغداد بهـٰذا الاسم (ر . الأنساب للسمعاني) . وهو نوع معروف من الثياب ، كان سَداه من الغزل ولحمته من الحرير ، وقد سبق الكلام عنه عند ذكر ما يحل وما يحرم من الثياب ، وكان ذلك في صلاة الخوف . فراجعه ، إن شئت .

(٤) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ .

هـٰذه الأدهان الشيرج ، ثم إن السمسم يمزج بالورد والبنفسج وغيرهما ، حتىٰ يتروّحَ بها عن مجاورة ، ثم يعتصر السمسم ؛ فإذاً هو شيرج محض ، واكتساب الروائح بالمجاورات لا تمنع صحة السلم .

وعد **العراقيون** خل التمر والزبيب من المختلطات التي يجوز السلم فيها ، وزعموا أن المقدار المعتبر من الزبيب يدرك بقوة الخل وضعفه ، والمقصود من الخل حموضته ونفاذُه وحدّتُه ، وهـٰذا يقصد منه كما يقصد من الخل من العنب .

وزعموا أن مُدركَ العِيان يبيّن ما يعتبر من الإبريسم/ والغزل في العتَّابي ؛ فإن لهـٰذا الجنس رونق[1] إذا كان الإبريسم فيه على الحد المقصود ، لا يخفىٰ دركُه علىٰ أهل البصائر كما ذكروه . ١٤٦ ش

وما أشار إليه **العراقيون** وإن كان كلاماً[2] ، فلا نقنع بمثله في التوقي من الغرر في أبواب السلم .

هـٰذا ما أردناه في المختلطات .

٣٤٩١ـ ثم ذكر السلم في اللِّبأ[3] والرائب . وهو شائع ؛ فإنّ المسلمَ فيه مضبوط ، وقد يُعرض اللِّبأ على النار عَرضةً خفيفة ، ولا اعتبار بها ، ولذلك صححنا السلم في الفانيذ والسكر ، وإن تردد الأصحاب في جواز بيع السكر بالسكر ، وذكرنا الميز بين البابين في المقصودين .

وذكر **بعض المعتمدين** تردداً في السلم في الدبس قدمنا ذكره .

ثم ذكر أن من أصحابنا من نزل السكر والفانيذ في باب السلم منزلتهما في بيع الأعيان .

وقد اختلف أصحابنا في بيع السكر بالسكر ، والفانيذ بالفانيذ . فهـٰذا القائل

---

(١) كذا في النسخ الثلاث . والصواب النصب اسماً لإن .
(٢) كذا . ولعل هنا إيجازاً بالحذف ، تقديره : كلاماً مشهوراً .
(٣) اللِّبَأ وزان عنب أول اللبن عند الولادة . (المصباح) .

يقول : إن جوزنا بيع السكر بالسكر ، يجوز السلم فيه ، وإن منعنا بيع السكر بالسكر ، يمنع السلم فيه أيضاً . وهـٰذا غير صحيح .

ويترتب عند هـٰذا القائل في الدبس والسكر **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ المنع فيهما . **والثاني** ـ الجواز . **والثالث** ـ الفصل بين الدبس والسكر .

وردد **صاحب التقريب** جوابه في السلم في المَاوَرْد[١] ؛ من حيث إنه اعتقد اختلافَ تأثير النار فيما يتصعد ويقطر . وهـٰذا في نهاية الضعف لم أره لغيره .

ثم ذكر **الشافعي** السلم في الصوف ، وأشار إلى الصفات التي ترعىٰ فيها ، وشبهها بما قدمناه ، فممّا ذكر أنها طوال أو قصار ليّنة أو خشنة ، وذكر اللون . وقال : يكون نقياً مغسولاً[٢] . أما النقاء ، فيغني عنه شرط السلامة ، وأما المغسول ، فإن أراد الغَسل ليُنَقَّىٰ من الغبش والقاذورات ، فلا حاجة إلىٰ هـٰذا ؛ فإن اشتراط الصوف المجرد يُغني عن قولٍ غيرِه ، فإذن الغسل احتياط .

ثم ذكر الكرسفَ ، والسلمُ فيه صحيح ، والأوصاف المرعية فيه معلومة ، من اللين والخشونة ، وقد يختلف بالإضافة إلى البقاع .

والضابط ما تقدم .

والسلم في الجوزق[٣] المتشقق[٤] جائز علىٰ شرط التقدير بالوزن . ولا يجوز السلم فيما ليس بمتشقق ؛ فإن المقصود منه مستتر بما ليس بمقصود ، ولا يبقىٰ فيه . وإن ظن ظان أن بيعه من أطراف بيع الغائب ، فلا مجال لهـٰذا في السلم ؛ فإن الجهالات لا تحتمل في السلم .

وذكر السلم من الإبريسم ، وذكر مما يعتبر فيه الدقة والغلظ ، والنوع ، والناحية التي يجلب منها ، إلىٰ غير ذلك مما يتغير به الثمن والغرض .

---

(١) « الماورد » : أي ماء الورد ، وهو مشهور معروف ، ولـٰكن قد لا يعرفه بعض أبناء العصر .
(٢) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ .
(٣) في الأصل : « غير المتشقق » . « والجَوْزَق » هو القطن . (قاموس) ، وهي في (ص) « جورق » بالراء المهملة .
(٤) في (ص) ، (ت٢) : المتشق .

٣٤٩٢ـ ثم قال : « ولا بأس أن يسلم في الشيء كيلاً ، وإن كان أصله الوزن »[(١)] .

وهو كما قال . [و][(٢)] قد ذكرنا في باب الربا أن ما كان موزوناً لا يجوز بيع بعضه ببعض كيلاً ، وما كان مكيلاً في عصر الشارع لا يجوز بيع بعضه ببعض وزناً ؛ فإن باب تحريم التفاضل في الربا مبناه على التعبد ، وباب السلم مبناه على الإعلام واتباع العرف فيما يعد مضبوطاً . وإذا كان يجري الكيل والوزن في شيء ، فإعلامه بكل واحدٍ منهما ممكن .

فهٰذا ما أطلقه الأصحاب .

وفيه فضل نظر عندي في الأشياء الخطيرة ، فإن فتات المسك يحصره الكيل ، ولست أرى الكيل فيه إعلاماً ، وكذلك العنبر ، وكل خطيرٍ . فلعل الوجه أن يقال : ما كان مكيلاً لا يجوز السلم فيه/ بالوزن ، فإنه حاصر ، وما يوزن عرفاً هل يصح السلم فيه كيلاً ؟ ١٤٧ ي

هٰذا ينقسم ، فمنه ما يُعدّ الكيلُ في مثله إعلاماً ، وإن كان الوزن معتاداً ، فليصح هٰذا ، وما لا يُعتاد الكيل في مثلهِ ضابطاً ، فلا يجوز السلم فيه كيلاً ، وإن كانت صورة الكيل تجري فيه .

وإن كان التعويل علىٰ قاعدةٍ واحدة ، فمسائل التردد ناشئةٌ من تلك القاعدة ، ورأيُ النظار عندي مشترك .

وإن استدرك البعض على البعض ، لم يرجع الخلاف إلى الفقه ، وإنما يرجع إلىٰ أمور حسّية ، أو إلىٰ أمور عُرفية .

ولو أسلم في شيء يكال ويوزن ، وشرط الكيلَ والوزنَ جميعاً ، فهٰذا ينتهي إلى التعذّر الذي يفسد السلمُ بمثله ، وهو مثل أن يقول : أسلمت في مائةِ صاعٍ علىٰ أن يكون وزنها إذا رد إلى الوزن خَمسمائةِ منّ . فهٰذا حكمٌ[(٣)] لا يتأتى الوفاءُ به ، مع

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ .

(٢) زيادة من المحقق .

(٣) ساقطة من (ص) ، (ت٢) .

العلم بأن الحنطة يتفاوت وزنها بسبب اكتنازها ، ورخاوتها وصلابتها .

٣٤٩٣ـ ولا يجوز السلم في شيءٍ عدداً ، وإن كان مضبوطاً ، فليقع السلم باعتبار الوزن ، وهٰذا كالسلم في البطيخ والسفرجل ، فاكتفاء الناس فيها بالعدد تسامح ، والتعويل على العِيان ؛ فإنها تتفاوت في القيم . نعم قد يتفق فيها ما لا يتفاوت قيمها ، وإن كانت مختلفة الأقدار لتسامحٍ أطبق الناس عليه . وهٰذا كالبيض والجوز ، فلا يجوز التعويل في السلم على العدد ، وذلك أن التسامح الذي حكيناه إنما يقع في مقدارٍ يسير كأعدادٍ قليلة من الجوز والبيض ، وإذا كثر فالجوزات الكبار والبيضات الكبار ، لو جمعت في موضع ، وقيست بالصغار تفاوت الأمر ، وصدقت الرغبة من الكبار ، وظهر تفاوت في الثمن بيّن ؛ فلا يجوز التعويل على العدد في شيء من المعدودات .

ويجوز السلم في البطيخ والسفرجل وزناً ؛ فإن الوزن يحصر وإن لم يحصر العدد .

وذكر **شيخي** أن السلم يجوز في البيض وزناً ، وكذلك في الجوز واللوز ، وما في معناهما . وما ذكره في البيض سديد ؛ فإن قشورها لا تختلف اختلافاً به مبالاة . وإن زاد وزنُ قشور الكبار منها ، فتلك الزيادة علىٰ نسبةٍ غيرِ متفاوتة بالإضافة إلىٰ ما يقصد من المحّ(١) والماح .

فأما قشور الجوز ، فأراها تختلف ، فمنها رقاق ، ومنها غلاظ ، ومنها ما ينفرك باليد للطافة القشور ، ومنها ما يحتاج إلىٰ معاناة في كسرها ، فلست أرى السلمَ مسوَّغاً في الجوز وما في معناه . وإن ذَكر وزنها .

فإن أمكن ضبطُ نوعٍ منها بالوصف يُقرِّب قشورها ، ثم اعتمد الوزن ، ولم يُفض الأمرُ إلىٰ عزة الوجود ، فالجواب الجواز إن اقتضى الحال ذلك .

وقد ذكرت أن اختلاف طرق الأصحاب في هٰذا الكتاب لا يرجع إلى التردد في أساليب الفقه ، وإنما رجوعه إلىٰ مماراةٍ في الوقائع .

وذكر الأصحاب جوازَ السلم في اللَّبِن . والتعويل على الوزن ، وقد يجمع إليه

---

(١) المح : ما في جوف البيضة من صفرة ، أو من صفرة وبياض ، والماح : ما فيها من صفرة ، فالعطف هنا عطف خاص علىٰ عام . (معجم) .

العدد ، وهو المعتاد ، ولا عسر في الجمع ، فيسلم المسلم في مائة لبِنة ، ويقول : اللبنة الواحدة عشرة أمناء[١] . هـٰذا لا بد منه وتحصيله لا عسر فيه . ثم إن وقع تسامحٌ في التسليم ، فلا بأس .

والسلم في الآجُر[٢] مما اختلف الأصحاب فيهِ اختلافَهم في الدبس ، والظاهر الجواز ؛ فإن الوصف ممكن ، وتحصيل الموصوف لا تعذر فيه .

ثم ذكر **الشافعي** السلم في لحم الطيور . والوصفُ يحيط به فليذكر النوع والعضو الذي يسلم منه ، إن كان يسلم في المقطّع ، وإن كان يسلم/ في الطير المذبوح غيرَ مقطع ، فالوزن ، والسِّمن ، والصنف ، وكل ما يختلف الغرض فيه . والطير لا سِنَّ له ، فيوصف بالصغر والكبر ، ويذكر أنه لحم فروج ، أو ناهض . ١٤٧ ش

وكذلك الحيتان .

٣٤٩٤ـ وأما الخشب فإن كانت تراد للحطب ، فأوصافها قريبة فيذكر النوع ، وأنها دقاق أو غلاظ جزلة . والوزن لا بد منه . وقال الأصحاب : لا حاجة للتعرض لليبوسة ؛ فإن الرطوبة والنداوة عيبٌ ، والإطلاق يقتضي اليابس . هـٰكذا ذكره **المحققون** .

وإن كان السلم في الجذوع والعُمد ، فالطول والعرض ، والصنف ، واللون ، ويصح السلم إذا استوت الأجزاء ، فإن اشترط فيها تخريط[٣] ، وكان يختلف الأعالي والأسافل ، فهـٰذا مما يؤثر في منع السلم عند **الشافعي** ؛ فإنه لا يدري أن الخشبة من أين تأخذ في الدقة ، ولا ينضبط هـٰذا مع تعلق القصد به . وإذا أسلم في جذعٍ ، ذكر الطولَ والعرضَ ، والاستدارةَ واللونَ . وفي ذكر الوزن تردد ؛ فإن الوزن لا يقصد في العمد والاسطوانة .

---

(١) أمناء جمع منا مثل سبب وأسباب . ويقال : منّ (بتشديد النون) وجمعه أمناء . والمنا أو المن رطلان بغداديان (معجم ومصباح) .

(٢) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ ، وفيه تفصيل مفيد ، وبهامشه تعليق جيد لمصححه ، مصحح الطبعة البولاقية رحمه الله ، وجزاه عنا وعن العلم وأهله خير الجزاء .

(٣) المراد بالتخريط تشكيل الخشب علىٰ هيئة شكل مخروطي ، أي مُدَبَّبٍ مرقّق من الطرف .

وكان شيخي يميل إلى اشتراط الوزن ؛ صائراً إلىٰ أن كلَّ خشبة تفرض ، فلا يمتنع أن تصير حطباً ، ويكون الوزن إذ ذاك مقصوداً . وهـٰذا فيه نظر .

٣٤٩٥ـ والسلم في أحجار الرحىٰ جائز ، إذا ذكر الطولَ منها والعرضَ والسمكَ . واتفق[1] على اعتبار الوزن فيها ؛ فإن ثقلها مقصود ، وهي برزَانتها تطحن ، ويختلف هـٰذا برخاوة الأحجار وصلابتها . ثم إذا ذكر الوزن ، فهو ممكن . حتى انتهى الأصحاب إلىٰ تصوير وزن الأرحية الكبار بالسفن وغوصها في الماء . ثم العادة جارية بذكر أمثال هـٰذه الأعلام ، ثم يقع التسامح حالة القبض .

ثم ذكر جواز السلم في أنواع العطر وأمتعة الصيادلة ، كالمسك ، والكافور ، والعنبر ، والأدوية ، ولكل جنس أوصاف مقصودة لا يخفىٰ دركها عند أهل البصيرة . وقد يقصد في بعضها أن تكون قطعاً كباراً كالعنبر ، فليكن التعرض لهـٰذا .

٣٤٩٦ـ ثم قال : « لا يُسلم فيما خالطه لحوم الحيات »[2] .

والسبب فيه مع الاختلاط أن لحوم الحيات نجسة ، وقد ذكرنا منع بيع النجس . والتداوي بالترياق جائز علىٰ حدّ تجويز أكل الميتة . وفيه كلام طويل سيأتي في الأطعمة ، وعنده نذكر التداوي بالخمر . والحدّ المعتبر في التداوي من الحاجة والضرورة .

أما السموم القاتلة الطاهرة ، فهل يجوز بيعها ، قال الأصحاب : إن قتلت بكثرتها لغلبة الطبيعة والقليل منه يستعمل في الأدوية الحارة ، فلا يمتنع بيعه . ومن هـٰذه الجملة السقمونيا ، والحنظل والخَرْبَق[3] ، وما في معانيها ، ومنها الأفيون .

فأما السموم التي لا يستعمل جوهرها في دواء ، وهي منافية للقوة الحيوانية بأنفسها

---

(١) تعقب النووي إمام الحرمين في القول بالاتفاق على الوزن في الأَرْحية . وقال : « ليس الأمر كما ادعىٰ » . (ر . الروضة : ٤/٢٧) .

(٢) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ .

(٣) الخَرْبَق وزان جعفر : نبات ورقه كلسان الحَمَل أبيض وأسود ، يستخدم علاجاً ، فهو ينفع الصرع والجنون ، والمفاصل ، وغير ذلك . (القاموس) .

من غير كيفية تُعْقَل . وهٰذا هو السم عند أهله ، فقد قال قائلون : لا يجوز بيعها ؛ فإنه لا خير فيها ؛ إنما هي ضرر كله .

وكنا نقول **للشيخ** : إذا كانت طاهرةً ، فلو أعدت لتستعمل في مكائدَ مع الكفار ، فهٰذا وجهٌ في صلاح السياسة والإيالة ، فرأيته يتردد في مواضع ، وأراد أن ينزلها منزلة الأسلحة .

ومن قتل إنساناً بسم قتلناه به . فليتأمل الناظر في ذلك .

٣٤٩٧ـ ثم قال : « ولو أقاله بعضَ السلم »[١] .

قد/ ذكرنا تفصيل القول في الإقالة ، وأنها فسخ أم لا . ثم قطعنا بأنها في السلم فسخ ، ثم رتبنا كلاماً هو مقصود هٰذا الفصل . وقلنا : إذا انفسخ العقد في بعض المعقود عليه ، ففي تعدي الفسخ إلىٰ غيره ما فيه ، كما مضىٰ في تفريق الصفقة . وإن أراد [أحدُ المتعاقدين أن يفرد بالرد بعضَ المعقود عليه ، ففيه تفاصيل مذكورة في صورة . وإذا أراد][٢] المتعاقدان الفسخ في البعض عن تراضٍ ، وهو الإقالة ، فقد صحَّحَ أئمتنا هٰذا على التراضي ، ولم يخرّجوا علىٰ تفريق الصفقة . وقد ذكرت ما يليق بذلك فيما تقدم . ١٤٨ ي

٣٤٩٨ـ ولا يجزىء في السلم التشريك ولا التَّوْلية ، فإنهما بيعان ، وبيعُ السلم قبل القبض لا يجوز . ومن جوَّز بيعَ المبيع من البائع قبل القبض ، لم يجوز بيعَ المسلَم فيه من المسلَم إليه قبل القبض . وهٰذا رأيته متفقاً عليه . والفرق عسر . والوجه الاستدلال بموضع الوفاق علىٰ تزييف الوجه الضعيف في المبيع .

فهٰذا منتهىٰ ما نقله **المزني** في الباب ، وعلينا الآن الوفاء بما وعدناه من ضبط القول فيما يُرعىٰ من الصفات .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٨ .
(٢) ساقط من الأصل .

فَصْلٌ

٣٤٩٩ـ قد كرر الأئمة في طرقهم أنه يجب ذكر الصفات التي تؤثر في القيمة والأغراض ، وهٰذا مضبوط لا لبس فيه ، ولا يتطرق إليه إلا شيئان : **أحدهما** ـ أن من الأشياء ما يهون وصفه ، وليس إذا وصف عزّ ، فيمتنع السلم فيه للعزة ، ومنه ما ينتهي إلىٰ صفة لا تُشيع معرفتَه ، وفيه ترتيب تقدم ذكره ، إذْ ذكرنا ما يعرفه أهلُ الاستفاضة ، وما يعرفه عدلان ، وما يختص بمعرفته المتعاقدان علىٰ زعمهما .

ومما يتعلق بالباب أن الأوصاف التي يمكن الاقتصار فيها علىٰ قدر الاسم معتبرة ، ثم لا تعتبر غاياتها . وهٰذا جار في جميع الصفات . وهٰذا إذا كان الخروج عن الضبط في جهة النهاية . فأما إذا كان الخروج عن الضبط في جهة البداية ، فقبيله يمنع السلم ، وعليه بنى الأصحاب منعَ السلم في المعيب والرديء ؛ فإن المسلِم سيقول : سلم إلي ما هو في المرتبة الأولىٰ في العيب المذكور ، والمسلَمُ إليه يزعم أن هٰذا كذلك ، فلا ضبط ، ولا يمكننا أن نُنزلهما علىٰ شيء . ومن ضم إلىٰ ما ذكره الأصحاب من الصفات المؤثرة في الغرض والقيمة هٰذه الأحوال الثلاثة ، استقل بالكلام في الأوصاف .

وكل هٰذا والمسلم فيه ليس بحيوان .

٣٥٠٠ـ فأما إذا كان المسلمُ فيه حيواناً ، فنحن نذكر افتراق مسالك الأصحاب في الحيوانات ، ونستخرج من بينها ضبطاً .

قال **العراقيون** : إذا أسلم في جارية ، لم يشترط أن يقول في أوصافها دعجاء كحلاء ، وكذلك قالوا : لا يشترط ذكر قدِّ الجارية والعبد . وكان **الشيخ أبو محمد** رحمه الله ـ يشترط التعرض لجميع ذلك ويقول : لكل صفة عبارة فما غادر الوصافون مقصوداً إلا صاغوا عنه [عبارات][1] فلتذكر . ثم لنقتصر من كل صفة علىٰ أدنى

(١) في الأصل : عبارتان .

الدرجات . ومن حمل من أصحابنا الخُماسي والسداسي على القِدَيْين[1] الطول والقصر ، اعتضد بالنص .

فكان **شيخنا** يقول : الكَحَل والدَّعج لا ينقصان عن الجعودة في الشعر والسبوطة . وقد اعتبرهما الأصحاب .

وانتهىٰ تساهلُ **العراقيين** في الصفات في الحيوانات إلىٰ ما نذكره الآن . قالوا : إذا أسلم في بعير ، فإنه يذكر سنه ويذكر أنه من نَعَم بني فلان إذا كانوا جمعاً كثيراً تكثر النَّعم فيهم . ثم قالوا : إن كان نعمهم لا تختلف ، كفىٰ ذلك ، وإن كان نعمهم تختلف ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنا نكتفي بأقل الاسم على السن المذكور/ ١٤٨ ش من نعم بني فلان ، كما نكتفي بأدنىٰ درجات الجودة . **والقول الثاني** ـ أنه لا بد من الوصف إذا اختلفت صفات نَعَم بني فلان .

وهٰذا الذي ذكروه انحلال عظيم وخروج بالكلية عن قياس الباب ، ورضا بالعماية والجهالة ، واعترافٌ بأن السلم في الحيوان مبناه على احتمال المجاهيل .

وشيخنا كان يتشوف إلىٰ تنزيل السلم في الحيوان منزلة السلم في المكيلات والموزونات ، وطلب نهايات الأوصاف . ومن أحاط باللفظ الذي نقلناه عنه تبين ذلك منه ، إذ قال ـ رحمه الله ـ : الصفات المقصودة معلومة ، وعن كل صفة عبارة ، والقاعدة الاكتفاء بالأقل .

٣٥٠١ـ فإذا بان المسلكان قلنا بعدهما : لا شك أنا لو رُدِدنا إلى القياس المحض ، وأردنا أن ندرك من صحة السلم في المكيلات ، والمثليات ، والمتقوّمات ، القليلةِ الأوصاف جوازَ السلم في الحيوان ، سيّما في العبيد ، الوصائف منهم ، والمرموقين من الغلمان ، والخيل العربيات ، ما كنا نستدرك هٰذا .

والشافعي لم يعتمد معنىٰ في السلم في الحيوان ، وإنما اعتمد أخباراً وردت في إقراض الحيوان ، وعلم أن السلم في معنى القرض .

فليعتقد المنصف أن السلم في الحيوان لا يتصوّر أن يلتزم فيه كلّ ما يؤثر في

---

(١) القِدَيْين : مثنىٰ : القِدىٰ : وهو القَدْر . يقال : هو مني قِدَىٰ رمح . (معجم) .

الثمن ، أو يتعلق بغرض . وإن أمكن التقريب فيما يؤثر في القيمة ، فَطَمَعُ ضبطِ الأعراض طمعٌ في غير مطمع . فالوجه أن نقول : معظم الأوصاف التي تضيق العبارة عنها نقائضها عيوب في الحيوانات ، فإطلاق العقد يغني عنها . وهـٰذا جنسٌ عظيم في الصفات .

٣٥٠٢ـ ومما نذكره أن الأغراض في الحيوان لا ضبط لها ، والناس على اختلاف فيها ، ولو ذكر كل ما يقصد في جميع الحيوان ، انتهى الأمر إلىٰ عزّة الوجود لا محالة . وإذا وضح هـٰذا في الخَلْق ، ثم ضمت الأخلاق إليها ، صار المسلمُ فيه عنقاءَ مُغرب[1] .

فإذا تنبه المتنبه لما ذكرناه ، قلنا بعده : كل فنٍّ يعتبر في غير الحيوان ، فهو في الحيوان أولىٰ بالاعتبار . **الصنف** : وهو يضاهي الأجناس والأنواع . **واللون** : وقد تمهد اعتباره . **والسن** : وهو يناظر الحداثة والعتق فيما تقدم ذكره . ولم يعتبر **العراقيون** القدّ . وهـٰذا خطأ صريح[2] ؛ فإنا وجدنا لذلك نظراً في العُمُد والجذوع ، ولـٰكن الشَّبْرَ[3] بالأشبار لست أراه ؛ فإن مما يتعين محاذرته الوقوعَ في العزّة ، غيرَ أن أهل المعرفة يعرفون الطويلَ ، والرَّبعَ[4] ، والقصيرَ ، والتنزيل علىٰ أدنى الدرجات قانونُ الكتاب[5] . فهـٰذه الأمور لا بد منها ، والسلامة فيها غناء عظيم .

وبقي وراء هـٰذا **شيئان** : **أحدهما** ـ أن ضبط كل عضو بما يليق به ، وبما يقصد

---

(١) العنقاء طائر معروف الاسم مجهول الجسم والوصف ، أي خرافي متوهم لا وجود له ، و« مُغرب » من أغرب إذا مشىٰ متجهاً إلىٰ جهة الغرب . وهـٰذا اللفظ إشارة إلى المثل المأثور « حلّقت به عنقاءُ مُغرب » يضرب لما بلغ اليأس من الحصول عليه غايته (مجمع الأمثال : ٣٥٧/١) .

(٢) تعقب الإمام النووي إمامنا في هـٰذا النقل ، وقال : « إن الموجود في كتب العراقيين القطع بوجوب ذكر القدّ (ر . الروضة : ١٨/٤) وكذا تعقبه الرافعي قائلاً : إن كتبهم مشحونة بأنه يجب ذكر القدّ » (ر . الشرح الكبير : ٢٨٩/٩) .

(٣) الشَّبر : القياس بالشِّبر . من شبر الثوب شبراً إذا قاسه بشبره (معجم) .

(٤) الرَّبع : الوسيط القامة . (معجم) .

(٥) يقصد قانون كتابه هـٰذا ومنهجه .

منه ، لا سبيل إليه . وإن كانت القيم تختلف بهـٰذا اختلافاً بيناً .

والكلام في صفاتٍ تداولَ أهل البصائر اللهج بها كالدَّعج والكَحَل ، وكون الوجه مُكَلْثماً ، أو أسيلاً . وهـٰذا موضع النظر . فلم أر **للعراقيين** التعرضَ لهـٰذا . واعتبرها **شيخنا** . فلو وصف في السلم عضواً أو أعضاء ، ولم ينته إلى العزة ، فلا بأس . ولـٰكن لا يشترط الخوض فيه ؛ إذ لو شرط الخوض فيه ، لاشترط استيعابه ، وفي الاستيعاب العزة ، وفي ذكر البعض قبل الانتهاء إلى العزة تحكم .

فإن قيل : ليصف إلىٰ أن ينتهي إلىٰ إمكان العزة . قلنا : من أي طرف يبتدىء ؟

فإن قال قائل : فما قولكم في التعرض لكونها خميصةً ، مثقلةَ الأرداف ، ريانة السيقان/ ، شَثِنةَ الأصابع . قلنا : هـٰذا كالكَحَل والدعج . وقد مضىٰ قول الأصحاب فيه . ١٤٩ ي

٣٥٠٣ـ فقد تَنَخَّل من مجموع ما ذكرناه أنه يذكر في الحيوان ما يذكر في سائر الأجناس التي يُسلَم فيها ، أو يذكر فيها ما يداني المذكورَ فيها ، كما ذكرناه في الطول والقصر ، فإنه يداني القدر في المقدَّرات ، أو الطولَ في المذروعات .

ووصف كل عضو مع إمكانه لا يشترط . وكل صفة نقيضها عيب ، فلا حاجة إلىٰ ذكرها ، وهي كثيرة ، والأمور الجُمليّة التي تذكر في الترغيبات ، وتوجيه الطلبات نحو الحيوانات كالكَحَل ، والدعج ، ودِقة الخصر ، وثقل الأرداف ، وتكلثُم الوجه ، وما في معانيها في محل الخلاف ، لم يشترطها **العراقيون** ، وشرطها **المراوزة** .

وموضع زلل **العراقيين** قولهم : لا يشترط القدّ وذكره ، وهـٰذا خطأ ؛ فإن **أهل العراق**[1] مطبقون علىٰ ذكره ، والقيمةُ تختلف به ، ولا يفضي الأمر إلى العزة ، وهو علىٰ مضاهاة الأقدار في المقدَّرَات . ولا شكّ أن الحِرفَ ، وإن كانت مقصودة ، فلا يشترط التعرض لها .

---

(١) المراد بأهل العراق هنا سكّانه وقاطنوه ، وليس فقهاء المدرسة العراقية من الشافعية . وإلا كان الكلام متناقضاً . وقد أشرنا آنفاً إلىٰ تعقب النووي لإمام الحرمين . وتخطئته في هـٰذا النقل عن العراقيين .

وكنا نذكر **للشيخ أبي محمد** الملاحة ، وكان ينقل عن شيخه **القفال** تردداً في اشتراطها : تارة كان يقول : ليست الملاحة معنىً ، بل كلٌّ يشتهي فنّاً ويستملح صفة ، وقد يستقبح غيرُه تلك الصفة . وهـٰذا في تناصف[1] الخلق ، وفي عُرْض[2] الاعتدال ، من غير خروج إلىٰ حد العيب .

وكان **شيخنا** يميل إلى اعتبار الملاحة ، ويقول : هي صفة معلومة ، لا ينكرها أهل المعرفة ، ثم التنزيل علىٰ ما ينطلق عليه الاسم .

فهـٰذا منتهى الإمكان في ذلك ، ومبناه على اعتقاد خروج الحيوان عن قياس الباب وقد يتفق السلم في حيوان ينضبط بصفات معدودة من غير عُسرٍ ، ولا عزة ، فيجب التشوّفُ إلى الضبط فيه .

* * *

---

(١) تناصف الخلق : استواؤه . يقال : تناصف وجهها حسناً : استوت محاسن أعضائه . (المعجم) .

(٢) عُرْض الاعتدال : حدّ الاعتدال . أخذاً من عُرْض البحر أي وسطه (معجم) .

بَابُ
مَا لاَ يَجُوزُ فِيْهِ السَّلَمُ

٣٥٠٤ـ ذكر **الشافعي** ـ رحمة الله عليه ـ في الباب الأول ما يجوز السلم فيه ، وأراد الإيناس بذكر الأوصاف ، فذكر أجناساً ، وأشار في كل جنسٍ إلىٰ ما يليق به ، ومقصوده في هـٰذا الباب أن يُبيّن ما لا يجوز السلم فيه ، ويشير إلىٰ وجوه امتناع الوصف ، حتىٰ يجتمع للناظر من الباب الأول وهـٰذا الباب ما يفيد الامتناعَ ، وما يفيد التجويز . وقد صدر الباب بالنَّبل **فقال** : « **لا يجوز السلم في النَّبل** »[١] .

والأمر علىٰ ما قال . وسبب المنع التركّب من أركانٍ : الخشبُ والعَقَب[٢] ، والريش ، والنصل في مكان الرَّعْظ[٣] . وكل جنس من هـٰذه الأجناس مقصود القدر في السهم ، وهو مجهول ، وفيه التخريط[٤] ، والأخذ في الدّقة عن غِلظ ، وهو يتضمن جهالة ، والغرض يختلف به اختلافاً بيّناً . هـٰذا معلومٌ ، لا يلزم عليه إلا أن يعارَض بالحيوان .

وقد ذكرنا أنه خارج عن قياس الباب ، وقد انتهض **بعض الأصحاب** للانتصار فقال : « أفراد أركان الحيوان ليست مقصودة ، وإنما المقصود البنية » . ولا شفاء في هـٰذا ما لم يحط المرء بما ذكرناه .

ويجوز السلم في خشب النَّبل ، وفي بيع السهم وعليه الريش ، نظرٌ ؛ لمعنىً في بيع العين ؛ فإن الريش المستعمل على النشاب نجس ، على القول الظاهر . وقد يقع

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٩ .

(٢) العَقَب : بفتحتين : العصب الذي تعمل منه الأوتار . (المعجم) .

(٣) الرَّعْظ : يقال : رعظَ السهمَ رعظاً : جعل له رُعظاً . والرُّعظُ مدخلُ سِنْخ النصل ، وفوقه لفائف العَقَب . (قاموس) .

(٤) « التخريط » : التشكيل علىٰ هيئة مخروطية ، مدببة الرأس ، مأخوذ من الشكل المخروطي (معجم) .

الكلام في تفريق الصفقة علىٰ تنجيس الريش ، فالوجه بيع النشابة دون الريش ، فيكون كبيع ثوب متضمَّخ بالنجاسة .

فصل

ش ١٤٩ **قال : « ولا في اللؤلؤ ، ولا في الزبرجد . . . إلىٰ آخره »**(١)/ .

٣٥٠٥ـ قال أصحابنا : يمتنع في النفائس من هـٰذه الجواهر ، وعلل بعضُهم بأن الضبط غيرُ ممكن ، وليس الأمر كذلك ؛ فإن الضبط غيرُ مقصودٍ علىٰ أقصى الوجوه ، فيقال : ياقوتة وزنها كذا ، وشكلها كذا ، لحمية أو جمرية ، أو وردية ، أو رمانية . ويقال : لؤلؤة مدحرجة ، صافية اللون ، براقة البياض . وزبرجد أخضر ريحاني ، أو [سِلْقي](٢) .

فسبب المنع أن الأوصاف إن لم تذكر ، كان السلم فيه مجهولاً ، وإن ذكرت جَرَّت عزةً .

والسلم في اللآلىء الصغار التي تباع وزناً ولا يُجرّدُ النظرُ إلىٰ آحاد حباتها ، جائزٌ .

وكان **شيخي** يقول : يجوز السلم في الدرّ التي يُتحلَّىٰ بها ، إذا لم تثقل ، وكان في الحبة سدسٌ مثلاً ؛ فإن هـٰذا لا يعز وجوده .

ومنع بعض الأصحاب ذلك ، فإن اتفاق السدس من غير مزيد ولا نقصان ، مع استجماع الصفات المرعية نادر . والمسألة محتملة .

فإذاً مدار الفصل(٣) على الجهالة والإفضاء إلى العزة . وأن يكون المرء محيطاً بمسائلِ السلم ؛ حتىٰ يضع السلم في الحيوان [نبذة في فكره](٤) لا يقيس بها شيئاً ،

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٠٩ .

(٢) نسبة إلى السِّلق ، بَقْلة له ورق طويل ، غض طري . (معجم) والمراد خضرة الزبرجد تشبه خضرة الريحان ، أو خضرة السِّلق . هـٰذا . وفي الأصل . « شفقي » .

(٣) في (ص) ، (ت٢) : القصد .

(٤) في الأصل جملة غير مقروءة بهـٰذا الرسم « . . . في الحيوان « في بده في مكره لا يقيس . . . » هـٰكذا بدون نقط وفي (ص) « بيده في فكره » بهـٰذا الرسم الواضح .

=

ولا نقيسها علىٰ شيء ، ويجري في تفريعها جريان من لم يدرك أصله بقياسه . وإنما فرعه علىٰ قدر الضرورة .

فَصْلٌ

قال الشافعي : « وأرى الناس تركوا وزن الرؤوس . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٥٠٦ـ السلمُ في الرؤوس والأكارع قبل التنقية غير جائز ، لما عليها من الصوف والشعر ، والمقصود مستتر بها .

وفي السلم فيها بعد التنقية **قولان** : **أحدهما** ـ الجواز ، كالسلم في لحم الفخذ وغيره من الأعضاء . **والثاني** ـ لا يجوز ؛ لأنه يختلف اختلافاً متبايناً في المشافر ، والمناخر ، وعظم اللحيين ، وعظم الأسنان ، واللسان ، فقد يعظم منها ما لا يؤكل إلا علىٰ تكره ، ويصغر منها ما يقصد ، وهـٰذا يختص بالرأس ، والتجويز في الأكارع أقرب .

ثم من صحح السلم شرط الوزن .

٣٥٠٧ـ وذكر بعد هـٰذا منعَ السلم في الجلود . يعني الجلودَ الطاهرة ؛ فإنها لا تنضبط بتشكيل ، وفيها انعطافات متباينة ، والغرض من الأَدَم لا ينحصر على الوزن ، فالسلم إذاً فيها كالسلم في ثوب من غير ذرعٍ .

ولو قطعت وشكلت أشكالاً تقبل المساحة ، كالنعال السِّبتية[2] ، ففي السلم فيها **وجهان** : **أحدهما** ـ وهو الأصح الجواز . **والثاني** ـ المنع ؛ لأن ثخانتها ودقتها خارجان عن الحصر ، وأطراف الأدَم متفاوتة في ذلك ، ولا يتأتىٰ درك الجميع بسَبْر طرفٍ . والأصح الصحة . والاعتمادُ على الوزن لا محالة . ولا التفات إلى الحيوان .

=

و(ت٢) « بيده في فكرة » بهـٰذا النقط ، والمثبت محاولة من المحقق لإقامة العبارة .

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٠٩ .

(٢) السِّبت كل جلد مدبوغ ، ومنه النعال السِّبتية : أي الجلدية التي لا شعر عليها . (معجم ومصباح) .

ولا يصح السلم في الخفاف والصنادل ؛ لأنها مجهولة كالنشاشيب .

وإذا امتنع السلم في النشاب ، فالقوس المركب ، وهو قوس العجم أولىٰ بالمنع .

والنَّبعة[1] التي يتخذ منها قوس العرب بأخذٍ في التخريط من الطرفين ، فتتطرق إليه الجهالة .

والأواني المنطبعة إن كانت علىٰ شكل واحد ، لا تفاوت فيها تضايقاً واتساعاً ، جاز السلم فيها ، والاعتماد على الوزن . وإن كانت تختلف أشكالُها تضايقاً واتساعاً ، فالسلم يمتنع .

هـٰذا مجموع ما ذكره رضي الله[2] عنه .

* * *

(١) النبعة واحدة النبع : شجر ينبت في قُلّة الجبل ، تتخذ منه القسي . (معجم) .

(٢) يعني الإمام الشافعيّ .

بَابُ
التَّسْعِير

وهل ينادي منادي الإمام في البلد ، ويأمر بسعرٍ مقدرٍ في جنس حتىٰ لا يتعدَّوْه ؟

٣٥٠٨ـ فنقول : ليس للإمام/ هٰذا في رخاء الأسعار وسكون الأسواق ؛ فإنه حجرٌ ١٥٠ ي على الملاك ، وهو ممتنعٌ . فأما إذا غلت الأسعار ، واضطر الناسُ ، فهل يجوز للإمام أن يسعّر ؟ فيه **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ المنع طرداً للقياس الكلي . **والثاني** ـ الجواز ، نظراً إلىٰ مصلحة العامة . وقد روي : « **أن عمرَ بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ مر بحاطب بن أبي بلتعة ، وبين يديه غَرارتان فيهما زبيب ، فسأله عن سعره ، فَسَعَّر مُدَّين بدرهم فرآه عمرُ غالياً** ، وقال : « **حُدّثتُ بِعِيرٍ مقبلة من الطائف تحمل زبيباً ، وهم يعتبرون بسعرك ، فإما أن ترفع في السعر ، وإما أن تدخل زبيبك البيتَ ، فتبيعه كيف شئت** »[(١)] . وأراد برفع السعر الزيادة في وزن الزبيب .

ومن منع التسعير احتج بما روي عن أنس أنه قال : غلت الأسعار بالمدينة ، وقلنا : يا رسول الله لو سعرت لنا! فقال عليه السلام : « **إن الله هوَ المسعر القابض الباسط الرازق ، وإني لأرجو أن ألقى الله تعالىٰ وليس لأحد منكم مظلمة في دم ولا مال** »[(٢)] وأما حديث عمر فقد روي أنه كان يحاسب نفسه كل ليلة بما جرىٰ له في

---

(١) حديث حاطب بهٰذا السياق ، وبهٰذه الألفاظ رواه الشافعي : المختصر : ٢/٢٠٩ . وروىٰ مالك في الموطأ أن عمر رضي الله عنه مر بحاطب ، وهو يبيع زبيباً له بالسوق ، فقال له عمر : إما أن تزيد في السعر ، وإما أن ترفع من سوقنا . الموطأ : كتاب البيوع ، باب الحكرة والتربص ، ح٥٧ ص٦٥١ .

(٢) حديث أنس ، رواه أحمد : ٣/١٥٦ ، ٢٨٦ ، أبو داود : الإجارة ، باب التسعير ، ح٣٤٥١ ، والترمذي : البيوع ، باب ما جاء في التسعير ، ح١٣١٤ ، وابن ماجة : الإجارات ، باب من كره أن يسعر ، ح٢٢٠٠ ، والدارمي : ح٢٥٤٥ ، وأبو يعلىٰ : ح٢٧٧٤ ، ٢٨٦١ ، ٣٨٣٠ .

=

نهاره ، فروي أنه فعل ذلك ، فوجد فيما جرىٰ له في يومه تسعيره علىٰ حاطب ، فندم وأتاه في جوف الليل ، وقال له : « **إن الذي قلتُ ليس بعزيمة ولا قضاء ، وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد ، فحيث شئت ، فبع ، وكيف شئت ، فبع** » .

فصل

٣٥٠٩ـ روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون** »(١) وقال عليه السلام : « **من احتكر طعاماً أربعين يوماً يقصد به الغلاء على الناس برئت منه ذمة الله** »(٢) .

والجالب هو الذي يجلب الطعام إلى البلد وقتَ الضيق والغلاء ليوسع على المسلمين ، وهو علىٰ مضادة المحتكر ؛ فإن المحتكر هو الذي يحبس الطعام حتىٰ تزداد الأسعار غلاءً وارتفاعاً .

ثم قال الأصحاب : المحتكر الذي يلحقه اللعن والوعيد صاحب مال يشتري الطعامَ ويحبسه ، ولا[يتركه](٣) حتىٰ يشتريه المساكين والضعفاء .

فأما من يشتري الطعام في وقت الرخص وكساد الأسواق ، ويحبسه ليبيعه إذا غلا ، فلا بأس ؛ فإن أصل احتكاره وتربّصه كان في رخاء الأسعار ، حيث لا ضرار ، وربما يكون ما ادخره قائماً مقام الذُّخر للناس ، ولولا ادخاره ، لكان يضيع ، ويتفرق .

= والحديث صححه ابن الملقن في البدر المنير : ٦/٥٠٨ ، وانظر التلخيص : (٣/٣٠ ح١١٦٠) .

(١) حديث : « الجالب مرزوق » رواه ابن ماجة : التجارات ، باب الحكرة والجلب ، ح٢١٥٣ ، والحاكم : ٢/١١ ، والدارمي : ح٢٥٤٤ ، وعبد بن حميد ، وأبو يعلىٰ ، والعقيلي في الضعفاء من حديث عمر ، قال الحافظ : بسند ضعيف . (ر . التلخيص : ٣/٢٩ ح١١٥٨) .

(٢) حديث : « من احتكر طعاماً. . . » أحمد : ٢/٢٣ ، الحاكم : ٢/١١ ، ١٢ ، وابن أبي شيبة : ٦/١٠٤ ، والبزار (كشف الأستار : ح١٣١١) ، وانظر : التلخيص : (٣/٣٠ ح١١٥٩) .

(٣) في الأصل و(ص) : ينزل .

وكذلك من اتفقت له غَلة من ضيعته ، فحبسها علىٰ أي قصد أراد ، لم يتعرض للوعيد .

والقول في هـٰذا الآن يتعلق بقطب عظيم ، وهو أن الناس إذا كانوا يتهاوَوْن على الرَّديء ، وقد أسرع فيهم المَوَتَانُ[1] العظيم الذريع ، وانتهىٰ كل واحدٍ إلى استحلال الميتة وطعام الغير ، فالقول في هـٰذا وفي كل ما يدّخره كل إنسان لنفسه ولعياله ليس بالهين .

وسأذكر فيه في باب المضطر أصلاً يرقىٰ عن مجال الفقهاء ، وننبه علىٰ قاعدة عظيمة ، إن شاء الله عز وجل .

* * *

(١) (ص) ، (ت٢) : الوبان . والمَوَتان : الموت والهلاك . (المعجم ، والمصباح ، وتهذيب الأسماء واللغات) .

بَابُ
امْتِنَاعِ ذِي الحق

٣٥١٠- إذا أتى المسلَمُ إليه بما عليه على الصفات المطلوبة ، فلا كلام . وإن أتىٰ بجنسٍ آخر ، فهو الاعتياض عن المسلم فيه ، وهو باطل .

وإن كان أجودَ مما وُصف ، جاز قبولُه . وإن قال : لا أقبله ولا أتقلّد المنة ، فالأصح أنه يجبر علىٰ قبوله .

ومن أصحابنا من قال : لا يجبر ؛ لمكان المنّة ، وهي ثقيلة علىٰ ذوي المروءات .

ولو أتىٰ بأردأ مما وصف ، لم يلزم المسلِمَ القبولُ . وإن قبل محابياً ، جاز . وإن أتىٰ بنوعٍ آخر والجنسُ متحد ، مثل أن يقع السلم في الزبيب الأبيض/ فيأتي بالزبيب الأسود أو الطائفي ، ففي المسألة **وجهان عند التراضي** : **أحدهما** ـ يصح قبوله ، ولا يكون اعتياضاً . **والثاني** ـ لا يجوز قبوله ؛ فإن اختلاف النوع كاختلاف الجنس .

ش ١٥٠

ولو أسلم في الحنطة النفيسة ، فأتىٰ بالخسيسة ، فمن أئمتنا من جعل ذلك كاختلاف النوع ، حتىٰ يخرج على الخلاف . ومنهم من جعل النوع واحداً ، وجعل هـٰذا اختلافَ صفة ، مع اتحاد النوع .

وإذا جاء بعبد هندي والمسلَمُ فيه تركي ، **فطريقان** : منهم من جعله كاختلاف الجنس ، ومنهم من جعله كاختلاف النوع ، علىٰ ما مضىٰ .

ولو أسلم في الحنطة ، لم يُقبل التراب والتبن فيه ، وقد ضبطت هـٰذا في كتاب الربا وبيّنت القدرَ المحتمل منه .

وإذا أسلم في التمر ، فأتىٰ بالرطب من ذلك النوع ، **فطريقان** : منهم من جعل الرطب مع التمر نوعين ، ومنهم من جعلهما نوعاً واحداً .

وإذا أسلم في لحم الطير ، لم يُقبل الرأس والرجل ، يعني ما لا لحم عليه من الرِّجل .

ولو أسلم في لحم السمك ، لم يقبل الرأس والذنب ؛ لأن مطلق اسم اللحم لا ينصرف إليه ولا يقتضيه ، وليس كالعظم في أثناء اللحم ؛ فإنه كالنوىٰ في التمر ، وقد جرى العرف بتنحية الرأس والذنب في السمك .

وفي هـٰذا نظر عندي فأقول : إن أسلم في لحم السمك ، فالأمر علىٰ ما قال الأصحاب ، وإن أسلم في السمك ، فلا يكلف تنحية الرأس والذنب ، والعلم عند الله .

وأجنحة الطائر تُمَعَّط فيقع [التسليم][١] بعد ذلك . ويجوز أن يقال : يزال ذنب السمك وجناحه ؛ فإن الحيتان صحيحة الأوساط ، وكأنها طيور الماء .

ثم ذكر **الشافعي** أنه إذا أسلم في مكيل وقبض وزناً ، أو في موزونٍ وقبض كيلاً ، فليس هـٰذا قبضاً صحيحاً ، وهو بمثابة القبض جزافاً ، وقد قدمته في قبوض البيع علىٰ أكمل وجه .

فَصْلٌ

قال : « ولو جاءه بحقه قبل مَحِلِّه . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٣٥١١ـ من عليه الحق إذا جاء به ، فلا يخلو إما أن يكون الحق حالا أو مؤجلاً ، فإن كان مؤجلاً ، وأتىٰ به قبل الحلول ، نظر : فإن كان لصاحب الحق غرضٌ في التأخير . كأن كان حيواناً لا غنىٰ به عن علف ، أو كان في وقت نهب ، وليس للمعطي غرض ظاهر إلاّ براءة الذمة ، وخيفة هجوم الموت ، فلا يجبر صاحب الحق علىٰ قبول حقه حيث انتهى التصوير إليه ، قولاً واحداً ؛ فإن غرضه في الامتناع عن القبول لائح . ولو لم يكن لمستحق الحق غرض ظاهرٌ في الامتناع من القبول ، وكان للمعجِّل غرض في التعجيل ، كالمكاتب يستفيد بالتعجيل العتقَ ، وكذلك من رهن بالدين المؤجل عليه رهناً ، فهو يطلب بتعجيل الدين فكَّ الرهن . ومن الأغراض الظاهرة أن يكون

---

(١) في الأصل : السلم .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .

بالدين ضامن ، وكان من عليه الدين يحاول تفريغ ذمته .

فإذا لم يكن لذي الحق غرض في الامتناع ، وظهر غرضُ المعجل أُجبر صاحبُ الحق على القبول .

وإن لم يكن لواحدٍ منهما غرض : لا لذي الحق في الامتناع ، ولا للمعجل ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن ذا الحق لا يجبر ، وله أن يبني الأمر على الوفاء بالأجل ، ويجعل المعجِّلَ كالمتبرع المعطي مزيداً ، وإذا كان كذلك ، فله الامتناع من تقلّد هـٰذه المنة .

والقول الثاني ـ أنه يجبر ؛ فإن الأجل حقٌّ من عليه الدين ، فإن أسقطه ، لم يكن لمستحق الحق أن يمتنع . وإذا كان أصل الحق يسقط بإبراء مستحقه من غير شرط القبول على الأصح ، فينبغي أن يسقط حق الأجل من غير حاجة إلىٰ قبول من يستحق أصل الدين .

ولو كان لصاحب الحق غرض في الامتناع ، وكان للمعجل غرض ظاهر في التعجيل ، فالذي ذهب إليه الأكثرون أنا نرعىٰ جانب مستحق الحق ، ونقطع بأنه لا يجبر لعذره اللائح ، ومن أصحابنا مَن جعل تقابل/ العذرين كسقوطهما ، وخرَّج المسألة على القولين كما ذكرناه . ي ١٥١

ولو لم يكن للمستحق غرض في الامتناع ، وظهر غرضُ المؤدي ، فقد قطع الأصحاب بالإجبار في هـٰذه الصورة .

ولو كان الدين سلماً ، فعمّ وجودُ المسلمِ فيهِ قبل الحلول ، وكان يخاف المسلَمُ إليه من انقطاع الجنس قبل الحلول ؛ فهل يعد ذلك عذراً في جانب المعجِّل ؛ حتىٰ يبنىٰ عليه ما تقدم من التفصيل في أعذار المعجِّل ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه عذرٌ ؛ فإنه قد يترتب على التأخير انفساخ العقد ، أو حق فسخه . **والثاني** ـ أنه ليس بعذر ؛ فإن العقد إن انفسخ ، رد رأس المال ، وسقط عنه الدين ، في مقابلة ما يرد .

هـٰذا كله في الدين المؤجل إذا عجَّله مَن عليه .

٣٥١٢ـ فأما إذا كان الدين حالا ، فجاء به من عليه، وامتنع المستحق من القبول ،

ففي المسألة **طريقان** : من أصحابنا من قال بإجبار ذي الحق . فيقال له : إما أن تقبل ، وإما أن تبرىء ذمته من الدين .

ومن أصحابنا من ذكر في ذلك قولين أيضاً ؛ فإن مستحق الدين يقول : الحق لي ، وإليّ طلبه ، فليس لمن عليه الحق أن يحتكم عليَّ في طلب الحق .

ومما يجب التَنبُّهُ له أنا في الدين المؤجل فصلنا بين المعذور وبين ما لا عذر له ، وإذا حل الدين ، فنقول : أما جانب مستحق الحق ، فلا يختلف بأن يكون معذوراً ، ووجه بيّن . وأما المعطي ، فإن كان معذوراً ، أُجبر صاحبه على القبولِ قولاً واحداً . ولم يجر القولان ؛ من قِبَل أن العذر يوجب قبول ما يَنْقُدُه من الدين المؤجل ، فما الظن بالدين الحالّ ؟

ثم إذا وجد العذر في الجانبين ، والدّين حالّ ، فصاحب الحق مجبر على القبول قولاً واحداً ؛ فإنا قد أوضحنا أن عذر مستحق الدين لا اعتبار به إذا كان الدين حالاً . ثم حيث يجبر على القبول ، فإن لم يقبل ، قبض القاضي عنه ، أو أناب من يقبض . وإذا جرىٰ ذلك ، فقد برئت ذمة المديون ، وكان المال أمانةً لمستحق الحق في يد الحاكم ، أو في يد من أنابه .

٣٥١٣ـ وممّا يتصل بهـٰذا أن من عليه الحق إذا ظفر بمستحق الحق في غير المكان المتعيّن شرعاً أو شرطاً ، وأراد إجبار مستحق الحق على القبول ، فالتفاوت في المكان كالتفاوت في الزمان : فإن كان على الناقل مؤونة ، لم يجبر مستحق الحق علىٰ قبوله ، وهو يناظر في الزمان ما إذا ظهر غرض بيّن في الامتناع قبل الحلول .

وإن لم يكن في نقل المستحق مؤونة ، فهل يجبر مستحِق الحق علىٰ قبوله في غير المكان المستحق ؟ فعلى القولين المقدمين فيه ، إذا جاء بالحق قبل حلول الأجل ؛ فالتفاوت المكاني في الحكم الذي أردناه كالتفاوت الزماني .

فَرْعٌ : **٣٥١٤ـ** تردد الأئمة في السلم في الثوب الذي يصبغ بعد نسجه ، فيما ذكره **العراقيون** : فأجازه بعضهم ، وهو ما قطع به **الإمام** .

ولا خلاف في جواز السلم في الثوب الذي ينسج بعد الصبغ .

ولا فرق ؛ فإن عين الصبغ قائم في الثوبين .

ومن أئمتنا من منع السلم في الثوب المصبوغ بعد النسج ، واحتج عليه بأن الصبغ عينٌ ضمت إلى الثوب ، وهو مجهول المقدار/ . والغرض يتفاوت . وهـٰذا إنما كان يتجه لو امتنع السلم في الذي صبغ غزلُه ، ثم نسج . والأصح التجويز ؛ فإن الصبغ صار صفةً في الثوبِ لا يُطلب تمييزه وفصله .

ش ١٥١

فَرْعٌ : **٣٥١٥ـ** حكىٰ **صاحب التقريب** عن **ابن سريج** أنه قال في السّمك المملح : إن كان يظهر للملح وزن ، فلا يصح السلم لجهالة مقدار المسلَم فيه .

وإن كان لا يظهر للملح وزن ، لم يخل إما أن يكون له قيمة أو لا يكون ، فإن لم تكن له قيمة ، فلا أثر له ؛ إذ لا قيمة ولا وزن ، والسلم صحيح . وإن كان له قيمة ، فهو كالثوب المصبوغ بعد النسج .

فإن قيل : أرأيتم لو كان للصبغ وزن في الثوب ؟ قلنا : لا أثر لوزنه في الثوب ؛ فإن الثوب لا يوزن .

فَرْعٌ : **٣٥١٦ـ** إذا قبض المسلِمُ المسلَم فيه ، وتلف في يده ، واطلع علىٰ عيب ، فرده ، فالاستبدال[1] منه غير ممكن بعد التلف . ولـٰكن له الرجوع بالأرش ، وهو قسط من رأس المال . وإذا حصل الرجوع ، لم يكن هـٰذا استرداداً ، ولـٰكنه في حكم فسخ العقد في ذلك المقدار المسترد . وذهب **المزني** إلىٰ أن الرجوع بالأرش لا يثبت بعد تلف المقبوضِ .

* * *

(١) في النسخ الثلاث : والاستبدال .

كتاب الرهن

٣٥١٧ـ الرهن توثيق الدين بعين مالٍ يسلمها الراهن إلىٰ صاحب الدين ، وحقيقةُ الرهن الإثبات ، ومنه قيل : الحالة الراهنة ، أي القائمة الثابتة .

والأصل في الرهن الكتاب ، والسنة ، والإجماع . فأما الكتاب ، فقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ الآية [البقرة : ٢٨٣] قوله تعالىٰ ﴿ فَرِهَٰنٌ ﴾ مصدرٌ أقيم جزاءً للشرط بحرف التعقيب ، وهو الفاء ، فقام مقامَ الأمرِ ؛ فإن الشرط والجزاء لا يعتقبان إلا على الأفعال ، فجرىٰ ذلك مجرى الأمر ، كقوله تعالىٰ : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [النساء : ٩٢] ، وقوله : ﴿ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ ﴾ [محمد : ٤] وقوله تعالىٰ : ﴿ فَفِدْيَةٌ ﴾ [البقرة : ١٩٦] ، وقوله : ﴿ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ [البقرة : ١٨٥] أي فحرروا ، وافدوا ، واضربوا ، وصوموا .

و« **رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعه من أبي [الشحم]**[(١)] **اليهودي ، بشعير استقرضه منه ، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهون** »[(٢)] .

والرهن محثوث عليه ، وليس حتماً ، فإنه قال تعالىٰ في سياق الآية ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] .

---

(١) في الأصل : أبي شحمة . وهو تصحيفٌ ، نصَّ عليه وبيّن أنه وقع من إمام الحرمين الحافظُ ابن حجر عند تخريج الحديث في التلخيص ٣/ ٨١ . وهو على الصواب في (ت٢) : « أبي الشحم » وفي (ص) « أبي شحمة » كالأصل ، فهٰذا يعني أن التصحيف كان في بعض نسخ النهاية دون بعض .

وانظر تعليقاً آخر عن الموضوع ذاته قبل باب الرهن والحميل بنحو سبع صفحات (ص ٢١٨) .

(٢) حديث : « توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ودرعه مرهونة » متفق عليه من حديث عائشة : (اللؤلؤ والمرجان : ٣٩٢ ح١٠٣٣) .

وأصل الرهن مجمع عليه ، وهو يشتمل علىٰ ركنين : مرهون ، ومرهون به . أما المرهون ، فلا يكون إلا عيناً ، لأن الغرض من الرهن التوثيق ، ولا يتوثق الدين بالدين ، وهو مشبه بالهبة ، من حيث إنه تبرع يفتقر إلى القبول . ثم الهبة تختص بالعين . ولو قال : وهبت منك ألف درهم ثم نقدها عن ذمته ، وأقبض لم يصح ، بخلاف ما لو باع ألفاً بألف ، ثم نقدا وتقابضا قبل التفرق . هـٰذا في المرهون .

وأما المرهون به ، فلا يكون إلا ديناً ؛ فإن الغرض استيفاء الدين من العين ، عند فرض العسر . ولو كان المرهون به عيناً ، فاستيفاؤها من المرهون محال ، وهي متعينّة .

وفي ضمان الأعيان المضمونة كلام وتردد سنفرعه علىٰ قولي كفالة الأبدان من كتاب الضمان . وإذا جوزنا ضمان الأعيان المضمونة ، فهو بتقدير ضمان قيمتها إذا تلفت/ ، ولا يجوز الرهن بالعين علىٰ هـٰذا التقدير في المذهب الظاهر ؛ لأن الضامن لا ضرر عليه إذا امتد بقاء العين ، فالذمة متسعة لالتزام الحقوق . ولو جاز الرهن علىٰ هـٰذا التقدير ، لجر ضرراً دائماً لا نهاية له ؛ فإن العين التي يقدر الرهن بها ربما لا تتلف أبداً ، فيبقى الرهن دائماً ، ويطرد الحجر بدوامه .

ي ١٥٢

فَصْلٌ

قال الشافعي : « والدين حق ، فيجوز الرهن به . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٥١٨ـ قال الأصحاب : أراد حق لازم .

فنقول : قد تقدم أن المرهون به يشترط أن يكون ديناً . وغرضنا انحصار الرهن في قبيل الديون . وهـٰذا الفصل يحوي تقاسيم الديون ، فهي منقسمة **ثلاثة أقسام** : دينٌ لازم مستقر في الذمة ، كالسلم ، والقرض ، والأروش ، والأثمان ، والمهور ، والأجور ، فيجوز الرهن بهـٰذه الديون .

والقسم الثاني ـ دين لا يتصف باللزوم ، ولا يُفضي إليه ، وهو كنجوم الكتابة ، فلا

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .

يجوز الرهن بها ؛ فإنها لم تتأكد باللزوم ، ولا يتصور أن تنتهي إليه في نفسه . فالتوثيق به لا معنىٰ له . فإن قيل : إذا أدى المكاتب النجم ، فقد انتهىٰ إلى التأكد . قلنا : نعم هو كذلك ، ولا حاجة بعده إلى التوثيق .

والقسم الثالث ـ دين لا يتصف باللزوم في نفسه ، ولـٰكنه يفضي إلى اللزوم . وهـٰذا ينقسم قسمين : **منه ما أصله اللزوم** ، والجواز دخيل فيه مرفقاً . **ومنه ما أصله الجواز** ، ولـٰكنه يفضي إلى اللزوم .

أما القسم الأول ، فهو كالثمن في زمان الخيار ، [فالرهن به جائز . وهـٰذا يتطرق إليه خلافٌ ، لا محالة ، متلقىٰ من اختلاف القول في أن البيع في زمان الخيار][1] هل يتضمن نقل الملك في المبيع إلى المشتري ، وفي الثمن إلى البائع ؟ فإن حكمنا بأنه يقتضي النقلَ ، فعليه قطع الأصحاب بصحة الرهن . وإن قلنا : إنه لا يقتضي النقلَ أصلاً ، فالظاهر منعُ [الرهن][2] ؛ إذ لا دين ، فيقع الرهن لو وقع قبل ثبوت الدين .

هـٰذا قسم من قسمين انقسم إليهما القسم الثالث .

والقسم الثاني ـ الجُعْل في الجعالة[3] ، فمبناه في وضع العقد على الجواز ، ولـٰكنه ينتهي إلى اللزوم عند تمام العمل ، ففي جواز الرهن به **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه جائز كالثمن في زمان الخيار . **والثاني** ـ لا يجوز ؛ فإنه قبل اللزوم بعيد عن التوثيق ؛ إذ لا يتصور من المتعاقدين في الجعالة أن يلزما الجُعل باختيارهما قبل العمل . ويتصور من المتبايعين إلزام الثمن باختيارهما .

ومن قال بالوجه الأول ، انفصل عن هـٰذا ، وقال : لو كان ثبوت الرهن مأخوذاً من اختيار اللزوم ، لكان الرهن بالثمن في زمان الخيار متضمناً إلزامَ العقد . وليس كذلك .

٣٥١٩ـ وكل ما جاز الرهن به صح ضمانه ، وكل ما صح ضمانه جاز الرهن به ، إلا العهدة فإن ضمانها جائز علىٰ ظاهر المذهب ـ وهو ضمان الدَّرَك ـ ولا يجوز الرهن

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) في النسخ الثلاث : الدين . والمثبت تقدير منا رعاية للسياق .

(٣) بكسر الجيم ، وبعضهم يحكي تثليثها . (المصباح) .

بعهدة المبيع . والفارق بينهما أن ضمان العهدة إنما جاز مصلحة في العقد ؛ إذ قد لا يثق المشتري بغريب يبايعه ، فينكف عن معاملته . ويلتحق بهـٰذا السبب ضرار بالجانبين ، فسوغ الشرع التوثيقَ بالضمان . ثم لا ضرر في ذلك الضمان ؛ فإن الضامن لا طَلِبة عليه قبل بدوّ الاستحقاق . وإن جوزنا الرهن بالعهدة ، لكان ذلك التزام حجرٍ[1] في المرهون لا نهاية له ، وهو تنجيز ضرار لا نهاية له علىٰ مقابلة توقع ضرار .

ش ١٥٢ وحكى/ **شيخي** عن شيخه **القفال** وجهاً في جواز الرهن بالعهدة . والسبب فيه أن الثقة قد لا تحصل إلا به ، والرهن منصوص عليهِ في آية المداينات في طلب الوثائق دون الضمان ، وما قدر من الضرار غيرُ سديد ؛ فإنه إنما يعظم وقع الضرار لما يلزم من غير اختيار ، وكلامنا هـٰذا في جواز الرهن إذا وقع الرضا به ، لا في وجوبه .

فصل

قال : « وكذلك كل حق لزم في حين الرهن وما تقدم الرهن . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٥٢٠ـ أشار **الشافعي** إلىٰ أن الآية في دين مخصوص ، ثم بين أن ما سواه من الديون اللازمة في معناه .

فنقول : إذا وجب الدين وأنشىء الرهنُ بعده ، فهـٰذا رهنٌ لا كلام فيه . ولو قدم الرهن بشقيه علىٰ وجوب الدين ، لم يصح عند **الشافعي** .

فلو قال : رهنتك هـٰذه العين بألف تقرضنيه ، فقال المخاطب : ارتهنتُ ، ولا إقراض بعدُ[3] ؛ فهـٰذا مردود ، وإن جرى القرضُ بعد ذلك ؛ فإن الرهن توثيق الدين ، ولا يعقل التوثيق قبل الدين ، إلا علىٰ مذهب التعليق ، وتعليق الرهن باطل .

والقول في الضمان قبل الوجوب كالقول في الرهن . ثم في المذهب تفصيل طويل

---

(١) (ص) ، (ت٢) : جحد .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .

(٣) « الواو » واو الحال ، والمعنىٰ : أن الإيجاب والقبول بعقد الرهن قد تم والحال أنه لم يتم القرض الذي به الرهن .

في ضمان ما لم يجب . سيأتي في أولِ كتاب الضمان ، ونذكر ترتيبين في القديم والجديد .

ثم الرهن يجاري الضمان في محل الوفاق والخلاف ، إلا في أمثال ضمان العهدة ؛ فإن الرهن ينفصل في ظاهر المذهب عن الضمان ، ويجري وجه مطرد **للقفال** في تنزيل الرهن منزلة الضمان .

هٰذا قولنا في طرفي الثبوت والنفي : ذكرنا تقدم الدين ، وإنشاء الرهن بعده ، ثم ذكرنا تقدم الرهن بشقيه وابتداء الوجوب بعده .

٣٥٢١ـ ونحن نذكر الآن حكم الاقتران بين الرهن والدين ، ونُجري فيه حكم التعاقب أيضاً . ونرسم في غرضنا مسائل أرسالاً .

فلو تقدم شِقَّا الرهن على البيع ، وذلك أن يتراهنا بالثمن ، ثم لا يتفرقا حتىٰ يتبايعا ، فالمذهب المثبوت أن ذلك غيرُ جائز . وأبعد بعض الأصحاب ، فجوّز ذلك إذا جمع المجلسُ الرهنَ والبيعَ ، وجعل اتحادَ المجلس كالاقتران بالإيجاب والقبول ، كما سنصفه الآن .

وهٰذا ليس بشيء ؛ فإن المجلس إن ثبت له حكمٌ ، فهو بعد البيع ، وعقد الرهن لا [مجلس][1] له ، ولا أثر لخيار المجلس فيه ، كما قدمناه . ثم لو قدر له مجلس ، فالبيع بعده ليس من لواحقه . ونحن إن رأينا إلحاق شيء بالعقد في مجلسه ، فهو في توابع العقد الذي المجلس مضاف إليه . ولولا ذكرُ الأصحاب هٰذا ، لأضربنا عنه .

هٰذا بيان اجتماع الاقتران بتقدير تقدم الرهن ، وتعقب البيع .

فأما إن امتزج إيجاب الرهن واستيجابه بالتواجب في البيع ، فالوجه أن نفصله .

فمن صور ذلك أن يتقدم ذكر الرهن ، بأن يقول البائع : ارتهنت ثوبك هٰذا بألف ، وبعتك هٰذه الدار به ، فقال المشتري : رهنتُ واشتريت ، أو قال : اشتريت ورهنت . فإذا قدم المبتدىء ذكر الرهن ، وعقبه في استكمال الكلام بذكر ما يليق به من شقي البيع ، فظاهر المذهب أن هٰذا غير جائز .

---

(١) في الأصل : مجيز .

ويلتحق بهـٰذه الصورة أن يقول البائع : بعت وارتهنت ، ويقول المشتري رهنت واشتريت ، فسواء وجد تقدم شقيْ الرهن علىٰ شقي/ البيع علىٰ صورة الاقتران ، أو وجد من أحد الجانبين تقديم شق من الرهن ، فالوجه منع صحة الرهن . ي ١٥٣

ويقرب أن يرتب هـٰذا علىٰ تقدم الشقين من الرهن . ووقوع البيع بعدهما .

ولـٰكن لا ينبغي أن يُعتقد ذلك الوجه الضعيف من أصل المذهب ، حتىٰ يُبتنىٰ عليه أو يُرتَّب عليه .

فلنبتدىء قائلين : الأصح أن الرهن يفسد في الصورة التي ذكرناها ؛ لأنه قُدِّم شق منه أو شقاه علىٰ شقي البيع المثبت للثمن ، وإذا كان الرهن يستدعي ثبوت الدين ، فأحد شقيه يستدعي ذلك أيضاً . ووضع الرهن استئخار أوله عن ثبوت الدين .

٣٥٢٢ـ ومن المسائل في الباب أن يتقدم مصراع البيع علىٰ مصراع الرهن ، وذلك مثل أن يقول للبائع : بعت منك هـٰذه الدار ، وارتهنت هـٰذا الثوب بالثمن . فقال المشتري : اشتريت ورهنت ، فقدم كل واحد شقَّ البيع علىٰ شق الرهن ، ووقع شقا الرهن ممتزجين بشقي البيع ، علىٰ ما وصفناه ، وميزنا هـٰذا النوع في التصوير عما تقدم عليه بذكر كل واحد من المتخاطبين شق البيع أولاً ، فإنه لو ذكر أحدهما شق الرهن ، ثم شق البيع ، اتصل بالفن المتقدم علىٰ هـٰذا .

ومن صور هـٰذا القسم أن المشتري لو قال : بعني هـٰذه الدار ورهنت هـٰذا الثوب ، فقال البائع : بعت وارتهنت ، وجعلنا الاستدعاء قبولاً كما سيأتي في موضعه .

هـٰذا بيان الصور .

ونصُّ **الشافعي** ظاهر في تصحيح البيع في هـٰذه الصور ، واتفق على القول بالصحة فيها الأصحاب .

وذكر **القاضي** في طريقه تخريجاً من عند نفسه ، لم ينقله ؛ فقال : هـٰذا مشكل ؛ فإن أحد شقي الرهن يقع لا محالة قبل ثبوت الثمن بانعقاد البيع ، ووضع الرهن يقتضي استئخار إنشاء الرهن عن ثبوت الدين ، فقال يظهر أن يخرَّج هـٰذا قولاً . ويقول : لا يصح الرهن ما لم يتقدم الدين بشقيه ، ثم يُنشأ أولُ الرهن بعدهما .

وهـٰذا يظهر تخريجه من مسألة للشافعي في الكتابة ؛ فإنه قال : إذا قال السيد لعبده : كاتبتك علىٰ ألف درهم ، وبعت هـٰذا العبد منك بألف ، فقال العبد : قبلت الكتابة والبيع . قال الشافعي : لا يصح البيعُ ؛ فإنه يستدعي ثبوت الكتابة أولاً ، وقد جرىٰ أحد شقي البيع قبل انعقاد الكتابة ، ولا يصير العبد من أهل المعاملة مع مولاه ما لم تتم الكتابة ، فيخرج منع الرهن علىٰ هـٰذا خروجاً ظاهراً .

ثم قال : لو أردنا فصلاً بين الأصلين فقهياً ، لم نجده إلا أن نتعلق بمصلحة العقد ، فنقول : الرهن من مصلحة البيع ، فإن نفذ مقترناً بالبيع ، كان هـٰذا لائقاً بالمصلحة ؛ من جهة أن البائع ربما كان يطلب وقوع الاستيثاق بالرهن مع وقوع البيع ، والوجه مزج العقد بالعقد كما ذكرناه . والبيع ليس من مصلحة الكتابة ، فجرىٰ فساد البيع على القياس الذي مهدناه .

وكان شيخنا أبو محمد لا يفرق بين أن يقول البائع : ارتهنت وبعت ، أو يقول بعت وارتهنت . والأحسن أن نفصل بينهما كما ذكرناه .

فإن قيل : لمَ ؟ وشقُّ الرهن وقع قبل انعقاد البيع من الوجهين ؟ فإذا كان كذلك فأي أثر لتقديم شق البيع أو شق الرهن ؟ قلنا : قول القائل : بعت بألف ، وارتهنت به ، منتظم إلىٰ أن يحكم بالصحة أو الفساد ، وقوله : ارتهنت بألف وبعت ، ليس له/ نظم صحيح ؛ فإن الرهن يستدعي استئخاراً عن ذكر مرهونه ، فيظهر الفرق في نظم العقد ، وإن لم يظهر في الوجوب والثبوت . ١٥٣ ش

فَرْعٌ : ٣٥٢٣ـ لو قال : بعتك هـٰذه الدار بألف درهم ، بشرط أن ترهنني ثوبك بالألف . فقال : اشتريت ورهنت . والتفريع على النص في الحكم بصحة الرهن . قال الأصحاب : يتم الرهن بما جرىٰ ، لأنه وجد من البائع استدعاء الرهن ، فكان ذلك بمثابة الارتهان والتلفظ به .

قال القاضي : الذي عندي أنه لا بد من لفظ الارتهانِ ، أو القِبول من البائع بعد قول المشتري : رهنت ؛ لأن الذي وجد منه شرط الإيجاب ، وليس باستيجاب . وهـٰذا يبتني علىٰ أن الاستيجاب في البيع والرهن هل يكون بمثابة القبول ؟ فإذا قال الرجل :

بعني عبدك هـٰذا بألف ، فقال البائع : بعته منك بالألف ، فما تقدم من الاستيجاب واستدعاء الإيجاب هل يكفي ؟ وهل يحل محل التصريح بالاشتراء والقبول ؟ فيه **قولان** وترتيبُ نصوص سنذكرها في موضعها . فإن قلنا : الاستيجاب لا يكفي ، فلا كلام . وإن قلنا : الاستيجاب يكفي في البيع ، فإنه كاف في الرهن أيضاً .

فعلىٰ هـٰذا إذا قال البائع : بعتك هـٰذه الدار بألف درهم بشرط أن ترهنني ثوبك ، فقال : اشتريت ورهنت . فقوله بشرط أن ترهنني هل ينزل منزلة قوله بعت منك بألفٍ وارهنِّي ثوبَك ؟ فيه تردُّدٌ . والأصح في القياس ما ذكره **القاضي** . وإن كان الأشهر غيره .

فَصْلٌ

قال : « ولا معنىٰ للرهن حتىٰ يكون مقبوضاً . . . إلىٰ آخره »(١) .

٣٥٢٤ـ لا يلزم الرهن دون القبض ، خلافاً **لمالك**(٢) ـ رحمه الله ـ وهـٰذا الخلاف مطرد معه في الهبة والعارية المؤقتة . والتأجيل في القرض واعتبار الرهن بالهبة قريب ؛ من قِبل أن كل واحد منهما تبرع ، والمتبرع قد يتعرض للندم ، والمعاوضات تبعد عن إمكان الندم . ثم جعل الشارع لما ذكرناه من توقع الندم منتهىٰ ومَرَدّاً ، وهو القبض ، ولسنا نتمسك بهـٰذا المعنىٰ تمسك من يقصد الاستقلال به ، بل مقصودُنا تشبيه الرهن بالهبة ، وهو ظاهر .

ثم المعتمد في الهبة حديثٌ لأبي بكر ـ رضي الله عنه ـ في ذلك ، سنذكره في كتاب الهبات ، إن شاء الله تعالىٰ .

ثم قال الشافعي : « حتىٰ يكون مقبوضاً من جائز الأمر حين رهَنَ ، وحين أقبض . . . إلىٰ آخره »(٣) .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .
(٢) ر . الإشراف : ٢/ ٥٧٦ مسألة : ٩٥٥ ، حاشية الدسوقي : ٣/ ٢٣١ .
(٣) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .

٣٥٢٥ـ أما اشتراط الاستقلال والاتصاف بشرائطه عند العقد وعند القبض ، فبيّن لا إشكال فيه ، وإنما الكلام فيه إذا تخللت أحوال بين العقد وبين القبض ، ثم فرض زوالها ، فهل يُقضىٰ بارتفاع العقد وانفساخه ؟ أم كيف الكلام ؟

الذي يقتضيه الترتيب أن نذكر موت الراهن ، أو موت المرتهن بين العقد والقبض ، نص **الشافعي** علىٰ أن الرهن يسلم إلىٰ ورثة المرتهن ، وهـٰذا تصريحٌ منه بأن الرهن لا يبطل بموت المرتهن قبل القبض .

وحكىٰ بعض أصحابنا نصّاً أن الراهن لو مات قبل الإقباض ، بطل الرهن . ثم اختلف الأئمة : فمنهم من جعل في موت الراهن والمرتهن قبل القبض **قولين** : **أحدهما** ـ أن الرهن يبطل بموت كل واحد منهما ؛ فإنه علىٰ حقيقة الجواز قبل القبض ، والعقود الجائزة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين في أثناء الجواز ، والذي يحقق ذلك أن القبض/ فيما يشترط القبض فيه يقع موقع أحد جوابي البيع وغيره ؛ فإنه ركن في تحصيل مقصود العقد . ١٥٤ ي

والقول الثاني ـ لا يبطل العقد بموت كل واحد منهما ؛ فإن مصير العقد إلى اللزوم على الحد المعلوم ، فكان الموت قبل القبض كموت أحد المتعاقدين في زمان الخيار .

ومن أصحابنا من قال : يبطل الرهن بموت الراهن قبل القبض ، ولا يبطل بموت المرتهن . والفارق أن الراهن ربما يموت وعليه ديون مستغرقة ، فإذا لم يلزم الرهن بالقبض ، فالوجه انقطاع الرهن ، وتقديم الحقوق اللازمة . وإن لم يكن ديون ، فلا نظر إلىٰ هـٰذا ، بل النظر إلىٰ إمكانه .

قال **الشيخ أبو محمد** : السديد في ذلك أن نقول : إن مات الراهن وخلّف ديوناً مستغرقة، فلأصحاب الديون المنعُ من تخصيص المرتهن بشيء. لا يجوز خلاف ذلك.

فأما إذا لم تكن ديون مستغرقة ، أو كانت ، ورضي الغرماء بالتخصيص وإنفاذ الرهن ؛ فإذ ذاك يختلف الأصحاب .

٣٥٢٦ـ والمذهب الظاهر أن الرهن لا يبطل بموت المرتهن ، ولا بموت الراهن ، لما ذكرناه من أن العقد مصيره إلى اللزوم ، والعقود الجائزة التي تنفسخ بالموت

فمستندها أمرٌ وقول لا لزوم له ، فإذا مات القائل ، انقطع أثر قوله ، كالجِعالة[١] ، والوكالة . ولهـٰذا قال المحققون : لا يشترط القبول في الجِعالة والوكالة ، فإذا آل سبب الانفساخ إلى انقطاع قول القائل ، تضمن الموتُ لا محالة الانفساخَ . والرهنُ عقدٌ تام يشير إلىٰ مقصود يتوقف لزومه على القبض ، فكان هـٰذا يقتضي أن يبقى العقد علىٰ صفته بعد العاقدين . وبعد موت أحدهما .

التفريع : **٣٥٢٧ـ** إن حكمنا أن الموت لا يُبطل الرهن ، فلو فرض طريان الجنون ، فهو أولىٰ بأن لا يبطله . ثم إن جُن المرتهن ، نصب القاضي قيماً يقبض الرهنَ إن ساعده عليه الراهن . وإن جُن الراهن ، نظر القيم في صلاح الأمر ، فإن رأى الأصلحَ له أن يقبض أقبض ، وإن رأى الأصلح في الفسخ ، فسخ .

وإن قلنا : طريان الموت يتضمن انفساخ الرهن ، ففي طريان الجنون وجهان ، وسنذكر تفصيل الجنون والإغماء ، وما في معناهما ، إن شاء الله عز وجل .

وإن طرأ السفه بين العقد والقبض ، فاقتضىٰ طريانه عود الحجر أو إعادته ، فإذا طرأ[٢] الحجرُ ، ففي انفساخ الرهن خلافٌ مرتب على الجنون ، وهـٰذا أولىٰ بأن لا ينفسخ الرهن فيه ؛ لأنه بالسفه لم يخرج عن أن يكون من أهل العبارة لو أُذن له فيها ، واستقصاء ذلك في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالىٰ .

فَرْعٌ : **٣٥٢٨ـ** إذا باع الراهن الرهن قبل القبض ، أو وهب ، أو أصدق ، أو أعتق ، فكل ذلك يصح منه ، ويكون رجوعاً في الرهن .

فأما إذا أجَّر المرهون قبل القبض ، أو زوج الجارية : أما التزويج قبل القبض ، فإنه لا يكون رجوعاً في الرهن ؛ فإن التزويج لا يرِد علىٰ مورد الرد[٣] ، ولا يمتنع رهنُ المزوَّجة ابتداء .

وأما الإجارة ، فإن قلنا : لا يمتنع رهن المُكرَىٰ وبيعُه ، فهو كالتزويج . وإن

---

(١) بكسر الجيم ، وحُكي فيها التثليث . (المصباح) .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : طرد .
(٣) كذا في النسخ الثلاث . ولعلها : « علىٰ مورد الرهن » .

قلنا : يمتنع رهنُ المكرَىٰ ، الأصح أن الإجارة تكون رجوعاً . ومن أصحابنا من لم يجعلها رجوعاً علىٰ هـٰذا القول . وهو بعيد .

ولو دبر العبدَ قبل القبض ، فالمنصوص أن ذلك رجوع عن الرهن ، وخرَّج **الرّبيعُ**/ قولاً آخر أنه لا يكون رجوعاً ، وهـٰذا منقاس ؛ إذ بيع المدبَّر جائز عندنا ، وهـٰذا كاختلاف القول في أن المدبر هل يجوز رهنه . ١٥٤ ش

ولو دبر عبداً ، ثم رهنه ، ففيه كلام يأتي بعد هـٰذا علىٰ قرب . وكل ذلك ينشأ من نصّ **الشافعي** : في أن من أصدق امرأته عبداً ، فدبرته ، فطلقها الزوج قبل المسيس ، فهل يرجع في نصف المدبر ؟ فيه كلام . سيأتي ، إن شاء الله عز وجل .

وسأجمع ـ بتوفيق الله ـ مراتب الكلام في الرجوع في كل فن يقبل الرجوع ، في باب الرجوع عن الوصايا . وقد قدمت طرفاً منه في أول البيع .

فصل

قال : « وما جاز بيعه جاز رهنه . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٥٢٩ـ قال الأصحاب : الأشياء في البيع والرهنِ علىٰ **أربعة أقسام** : **أحدها** ـ ما لا يجوز بيعه ، ولا يجوز رهنه ككل ما لا يُملَك ، وكالموقوف ، وأم الولد ، والآبق ، وما لا يتمول .

والقسم الثاني ـ ما لا يجوز رهنه ، وفي بيعه تفصيل ، ومنه الدين ، فإنه لا يجوز رهنه وفي جواز بيعه خلاف ، وقد يلتحق بهـٰذا القسم المدبر والمعلق عتقُه بصفةٍ ، فإن بيعهما نافذ ، وفي رهنهما كلام سيأتي .

والقسم الثالث ـ ما يجوز رهنه علىٰ وجه ، وفي بيعه خلاف ، ومنه العقد على الأم دون الولد ، وعلى الولد دون الأم . هـٰذا جائز في الرهن ، وفي البيع كلام .

والقسم الرابع ـ ما يجوز بيعه ورهنه ، وهو معظم الأعيان المملوكة على الإطلاق .

وسنلحق بكل قسم ما يليق به في مسائل الكتاب ، والذي ذكرناه الآن تراجم .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .

وغرض **الشافعي** بما قال تجويز رهن المشاع ، وهو مذهبنا ، والخلاف فيه مع **أبي حنيفة**[(١)] مشهور . ثم إذا جرى الرهنُ في المشاع ، فالقبض فيه يتأتىٰ بتسليم كله ، ثم يرتد إلى المالك النصفُ الذي لم يرهن علىٰ مهايأة ومناوبةٍ ، ولا يمتنع صحة الرهن . وإن كان القبض يتبعض بحكم الشيوع . ونحن قد نبعض القبض لتوفير المنافِع على الراهن ، علىٰ ما سيأتي ذلك ، إن شاء الله عز وجل .

فَصْلٌ

قال : « ويجوز ارتهان الحاكم ، وولي المحجور عليه ، ورهنهما عليه في النظر له . . . إلىٰ آخره »[(٢)] .

٣٥٣٠ـ صوّر الأئمة من ولي الطفل الارتهانَ للطفل ، وصوروا منه أيضاً رهن مال الطفل ، واتفقوا على الجملةِ أن الرهن والارتهان منه متقيد بشرط الغبطة ، ورعاية المصلحة .

اتفق **العراقيون** علىٰ أن الأب ليس له أن يبيع شيئاً نسيئةً من مال الطفل ، ولو باع بأضعاف الثمن من مليء وفيٍّ إلىٰ أجلٍ قريب ، ولم يرتهن شيئاً ولـٰكن وثق بيسار المشتري وانتظام حاله ، وزعموا أن هـٰذا تغريرٌ بمال الطفل ، ورفعٌ للملك واليد عنه لا في مقابلة عوض ناجز .

وهـٰذا الذي ذكروه لم أر في طرقنا ما يخالفه على التصريح ، ولـٰكن في معاني طرقنا ما يجوِّز ذلك ، وليس بيع ماله نسيئة من غير رهن بأكثر من الإبضاع بمال الطفل ، وقد ذكرنا في تجارة الوصي في مال اليتيم أن ذلك جائز ، ومعظم الأرباح ونماء التجاير يقع في النسايا[(٣)] .

---

(١) ر . رؤوس المسائل : ٣٠١ ، مسألة ١٨٩ ، ومختصر الطحاوي : ٩٢ ، والمبسوط : ٢١/٦٩ ، وطريقة الخلاف : ٤٣٤ ، مسألة : ١٧٦ .

(٢) ر . المختصر : ٢/٢١٠ .

(٣) (ت٢) : النسيئات .

أما البيع نسيئة مع الارتهان، فجائز لا منع فيه على الجملة، علىٰ شرط رعاية الغبطة.

٣٥٣١ـ وها نحن نفصلها بالمسائل. فنذكر الارتهان للطفل، ثم نذكر رهن مال/ ١٥٥ ي الطفل، فأما الارتهان للطفل، فقد يفرض في بعضِ المواضع نظراً محضاً، فالوجه القطع بنفوذه، وذلك إذا أتلف رجل مالاً من أموال الطفل، والتزم قيمتَه، فإذا رهن بما لزمه للطفل مالاً، فلا شكّ في صحة الرهن؛ فإنه يقع محض فائدة[1] مجرّدة للصَّبي؛ فإنه يتوثق دينُه إلى اتفاق القضاء وليس عليه من الارتهان غرر ولا ضرر.

ومن صور الارتهان للطفل أن الولي إذا رأىٰ أن يبيع شيئاً من ماله نسيئة علىٰ أن يرتهن، والبيع علىٰ شرط الغبطة، فالرهن صحيح. **والعراقيون** لما قطعوا بمنع البيع نسيئة، قيدوا القطع في المنع بما إذا لم يكن بالثمن رهن. فأمّا إذا كان به رهن واقترنت المصلحة بالمعاملة، فلا مانِع من الجواز.

وإذا كان الولي يخاف النهب والغارة فرأىٰ إيقاع مال الطفل في ذمة مليء وفيّ علىٰ أن يرتهن له، كان ذلك جائزاً. ولو باع مالَه نسيئة بمثل ما يُشترىٰ به نقداً وارتهن، فالبيع باطل، والارتهان فاسد؛ فإن ثبوت الرهن موقوف علىٰ ثبوت مرهون به، فإذا لم يثبت، لم يصح الرهن.

ثم إذا قبض الرهن على الفساد، فهو أمانة. هـٰذا من الأصول المتفق عليها؛ فإن ما لا يقتضي ضماناً إذا صح، ففاسده لا يقتضي الضمان، علىٰ ما سيأتي ضبط أمثال ذلك.

وكذلك لو أقرض مال الطفل، لا في نهب ولا عند إرهاق حاجة، فالإقراض فاسد.

ثم إذا أفسدنا المعاملة علىٰ مال الطفل، فالعين مُتَّبعةٌ أينما صودفت، وإن تلفت في يد المشتري أو المستقرض، توجّه الضمانُ عليه، والضمان علىٰ كل حال متوجه على الولي لتفريطه، ورفعه اليدَ عن مال الطفل لا علىٰ جهة الغبطة.

فهـٰذا تفصيل الصور التي يجرىٰ فيها الارتهان للطفل.

---

(١) في النسخ الثلاث: محض وفائدة.

٣٥٣٢ـ فأما رهن مال الطفل ، فهو إيقاع طائفة من ماله في حَجْر الرهن ، ولا يجوز هـٰذا إلا بغبطةٍ ظاهرة عريّة عن الغرر ، أو حاجة ماسَّة علىٰ ما سنصف المسائل الآن .

فأمّا الحاجة : فإذا مست حاجة الطفل إلىٰ ما يصرف إلىٰ نفقته ، وكان ماله عقاراً ، فضنَّ الولي بالعقارِ ، ولم ير بيعه واستمكن من استقراض شيء يُتزجَّىٰ[1] به ، ولم يُبْعِد أن يتأدىٰ ذلك الدين من رَيْع الضيعة ، ولـٰكن لا يتمكن من هـٰذا إلا برهن ذلك العقار ، فهـٰذا جائز ، وظهور المصلحة فيه بيّن .

هـٰذا بيان الحاجة .

فأما الغبطة : فإذا رأى الولي شيئاً يباع بألفٍ نسيئة . وكان يساوي ألفين ، ولـٰكن كان لا يستمر الأمر إلا برهن شيء يساوي ألفاً من مال الطفل ، فالولي يفعل ذلك ؛ فإنه يتنجز فائدةَ الطفل ، وليس عليه غرر ؛ فإن الرهن لو تلف وأدى الولي ألفاً ، لم يخسر الطفل شيئاً ؛ فإن المشترَىٰ يساوي ألفين . وبمثله لو كان لا يقنع في هـٰذه المعاملة إلا برهنٍ يساوي ألفين ، فلا غبطة ؛ من جهة أن الحيلولة تقع ناجزة بين التصرف للطفلِ ، وبين الرهن في الحال ، ويجب بذل ألف في ثمن السلعةِ ، فإذا بذل الألف وفُرِض التلف في الرهن ، فالثمن وقيمة المرهون ثلاثة آلاف ، والحاصل للطفل من المعاملة ألفان .

فإن قيل : العين المرهونة كانت تتلف أيضاً لو بقيت في يد الطفلِ غير مرهون . قلنا : نعم ولـٰكن انتجز منعُ التصرف فيه ، ولو كان التصرف سائغاً لكان ربما يسبق التصرف ، فآل المنعُ إلىٰ تنجيز الحجر وضم الثمن .

قال **شيخي أبو محمد** لو كان المرهون بحيث لا يتلف في مطّرد العادة كقراحٍ من الأرض ، فهـٰذا فيه احتمال ؛ من جهة أن الزيادة حاصلة في قيمة المبيع ، وتحصيل الزيادة تنجيزُ ملك له علىٰ مقابلة حجر في الحال ، والتسبب/ إلىٰ رفعه بأداء الثمن ش ١٥٥

---

(١) يتزجىٰ به : يُكتفىٰ به . (معجم) .

قريب . وهـٰذا الذي ذكره محتملٌ حسن ؛ فإن الذي حقق الغرر تقدير تلفِ المرهون أمانة ، كما سبق التصوير فيه .

والذي ذكره **شيخنا** وإن كان منقاساً ، فهو علىٰ خلاف ظاهر المذهب .

هـٰذا تفصيل القول في الارتهان للطفل ، وفي الرهن من ماله .

٣٥٣٣ـ وذكر **العراقيون** وجهاً بعيداً أخرته حتىٰ لا ينتظم في ترتيب المذهب : وذلك أنهم قالوا : ذهب بعض أصحابنا إلىٰ أن بيع مال الطفل نسيئةً قط لا يجوز ، وإن فرض التوثق بالرهن ، والتشوف إلى الغبطة الظاهرة ، وإنما يجوز التأجيل في بعض الثمن إذا نقد من الثمن قيمةَ السلعة ، يعني القيمة التي تشترىٰ بها نقداً ، وذلك إذا كانت السلعة تساوي مائةً نقداً ، ومائة وعشرين نسيئة فباع الولي بمائة وعشرين ، مائة منها نقداً وعشرون نسيئة وبالعشرين رهن . قال هـٰذا القائل : لا تجوز النسيئة إلا كذلك في بعضٍ من الثمن .

وهـٰذا بعيد لا أصل له ، ولا ينتظر هـٰذا عاقل . ثم اشتراط الرهن في الفاضل من القيمة المنقودة خارج عن قياس المعاملات ؛ فإن تيك الزيادة لو لم تحصل ، لم يضع بتعذرها شيء من مال الطفل ، فلا أصل لهـٰذا الوجه . والتعويل علىٰ ما رتبناه في الارتهان والرهن .

٣٥٣٤ـ ثم قال المعتبرون من أئمة المذهب : تصرف المكاتب في الرهن والبيع بنسيئة كتصرف الولي للطفل ؛ فإن تصرف المكاتب ـ إذا لم يشتمل علىٰ تركِ النظر ـ مُطلقٌ لهُ وأقصى النظر المرعي ما نأمر به الأولياء في حق الطفل .

وذكر **العراقيون والشيخ أبو علي** وجهاً آخر أن المكاتب لا يبيع نسيئة ، على الاستقلال ، وهو علىٰ كل حال في حقه معدود من التبرعات ، سواء ارتهن أو لم يرتهن . والولي في مال الطفل أبسطُ يداً من المكاتب وعليه حجرُ الرق ، فإذاً بيعه نسيئة علىٰ هـٰذا الوجه ملحق بتبرعاته . فإن استقل ، لم ينفذ ، وإن استأذن السيد ، فعلىٰ **قولين** قياساً علىٰ سائر تبرعاته .

ولو رهن المكاتب حيث ينفذ رهن الولي [في مال الطفل ، ففي رهنه من الكلام

ما في بيعه نسيئة . فالذي ذهب إليه **أهل التحقيق** أنه ينفذ رهنه حيث ينفذ رهن الولي][(١)] .

وفي المسألة وجه آخر حكَوْه : أن رهنه تبرع ، ولا يخفىٰ حكم تبرعه .

ثم إن قلنا : لا ينفذ الرهن من المكاتب ، ففي نفوذه من العبد المأذون وجهان ؛ من جهة أن الرهن في نفسه حجر ، وليس من عقود التجارة . وهـٰذا يقرب من الاختلاف الذي ذكرناه في أن العبد هل يملك إجارة الرقاب التي يتصرف فيها ؟ ووجه التشبيه أن الإجارة والرهن ليس من عين التجارة ، وهو مأذون له في التجارة .

فَصْلٌ

قال : « ولو كان لابنه الطفل عليه حق . . . إلىٰ آخره »[(٢)] .

٣٥٣٥ـ ما قدمناه من رهن مال الصبي علىٰ شرط الغبطة ، ومن الارتهان له ، يستوي فيه الأب ، والقيم الأجنبي ، والوصي ، فلا خلاف في وجوه التصرّفات ووجوه النظر .

وإنما خالف الولي الوصيَّ فيما قدمناه في كتاب البيع من حمل ظاهر تصرف الولي على المصلحة ، وعلىٰ من يدعي خلافَها الحجةُ ، والوصي يطالب بإقامة الحجة علىٰ رعاية المصلحة .

وهـٰذا الفصل يختص مضمونه بالأب والجد ، فإذا كان لابنه الطفل عليه دين ، فارتهن مال نفسه لطفله بالدين الذي للطفل عليه ، جاز هـٰذا . ولو ارتهن مال الطفل من نفسه حيث يجوز له أن يرهنه من غيره ، فيصح ، ولا يأتي هـٰذا في الوصي والقيّم والحاكم ؛ فإن هـٰؤلاء لا يتولَّوْن طرفي العقد/ . ي ١٥٦

ثم إذا باع الأب من نفسه مال طفله ، أو باع من طفله مال نفسه ، أو رهن منه أو ارتهن له ، فهل عليهِ أن يأتي بشقي العقد الإيجاب والقبول ؟ أم يكفيه الإتيان بأحد

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .

الشقين ؟ فعلىٰ وجهين مشهورين : **أحدهما** ـ لا بد من أن يقول : رهنت وارتهنت ، وبعت واشتريت ، أو بعت ورهنت ، وقبلت ؛ لأن العقد استقلاله بركنيه وبهما كان عقداً .

والثاني ـ يكتفىٰ بأحد الشقين ، والتعيين إلى اختيار الولي ؛ فإن التواجب تخاطب ، وهـٰذا لا ينتظم من الشخص الواحد ، فيكفي الإثبات بشقٍّ لرسم العقد ، والتنصيص عليه . وإذا اكتُفي بعاقد واحد لم يبعد الاكتفاء بلفظ واحد .

وإذا باع الأب من طفله أو ابتاع من ماله ، ففي ثبوت خيار المجلس خلاف : من أصحابنا من قال : لا يثبت ؛ فإن المجلس منتهاه التفرق وهو بين شخصين .

ومنهم من أثبت خيار المجلس .

ثم اختلف هـٰؤلاء ، فقال بعضهم : ينقطع الخيار بمفارقة مجلس العقد . وقال آخرون : لا ينقطع الخيار إلا أن يختارَ إلزام العقد ، ويقطعَ الخيارَ لفظاً ؛ فإنه في مقام البائع والمشتري ، فمفارقته المجلس كاصطحاب المتعاقدين ومفارقتهما المجلس .

وإذا رهن من طفله أو ارتهن من مال طفله ، فهل يحتاج إلىٰ إجراء قبض ؟ الكلام فيه كالكلام فيما إذا رهن الوديعة عند المودَع ، وسيأتي ذلك في فصلٍ ، فإذا استقصيناه ، أعدنا القول في الأب .

فصل

قال : « وإذا قبض الرهنَ ، لم يكن لصاحبه إخراجُه من الرهن . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٥٣٦ـ إذا رهن شيئاً وألزم الرهنَ بالإقباض ، تأكدت الوثيقة ، ولا فكاك إلا بسقوط الدين إما بالأداء وإما بالإبراء ، أو بفسخ المرتهن الرهنَ ؛ فإن الرهن جائز في حقه . أما الراهن ، فلا يجد سبيلاً إلى الفِكاك ما بقي الدين ، فلو أدىٰ معظمَ الدين ، لم ينفك من الرهن شيء ، ما بقي من الدين حبة ، أو أقل ، ولا يتوزع الدينُ علىٰ قيمة

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .

المرهون ؛ حتىٰ يقال : إذا أدىٰ بعضاً ، فكّ من الرهن بقسطه .

وإذا أثبتنا حق الحبس للبائع ، فلو أدى المشتري بعض الثمن ، فالذي اختاره الأئمة أنه لا يستحق تسليمَ شيء من المبيع إليه ما لم يوفِّ الثمنَ بكماله ، والمحبوس في هـٰذا الحكم بالثمن كالمرهون المحبوس بالدين .

ولو كان لرجل علىٰ رجلين دينٌ عن جهة واحدةٍ ، أو جهتين ، فرهنا بما عليهما عبداً مشتركاً عند مستحِق الدين ، وأقبضاه إياه ، فإذا أدىٰ أحدُهما ما عليه من الدين ، انفك الرهنُ في حصته ؛ إذ لا تعلّق لرهنه نصيبَه برهن صاحبه .

ولو وكلا وكيلاً حتىٰ رهن عبدهما المشترك من مستحِق الدين ، فإن علم المرتهن صورةَ الحال ، فالأمر علىٰ ما تقدم . ولا يختلف الأمر باتحاد الوكيل .

وقد ذكرنا تردد الأصحاب في اتحاد الوكيل وتعدده في البيع والشراء ، وأن الاعتبار في تعدد الصفقة بالوكيل المباشر للعقد أم بالموكل ، هـٰذا ذكرناه على الاستقصاء في كتابِ البيع في الفصل المشتمل علىٰ شراء رجلين عبداً من رجل ، أما الرهن ، فلا أثر فيه للوكيل ، والنظر إلى الموكل ؛ إذ ليس الرهن عقد ضمان حتىٰ ينظر فيه إلىٰ من تولاه ، بخلاف البيع .

ولو جرى الرهن والاقتراض من شخص واحد ، ولم يشعر المقرِض المرتهن بكون المستقرض الراهن وكيلاً ، ثم تبين أنه وكيل شخصين في الاقتراض والرهن ، فالمذهب الأصح في هـٰذه الصورة أن أحد الموكِّلين إذا أدى الدين ، انفك الرهن في حصته .

ومن أصحابنا من قال : إذا جرى الرهن علىٰ ظن أن المتعاطي هو صاحب الأمر ، لم يحصل الانفكاك في شيء ما بقي من الدين/ شيء . ش ١٥٦

وهـٰذا غريب . ولـٰكن حكاه **صاحب التقريب** قولاً وكرره ، في مواضع . ومثل هـٰذا القول يشوّش قاعدة [المذهب ، فحق الناظِر أن يكتفي بمعرفته ، ولا يعتده من أصل][1] المذهب .

---

(١) ساقط من الأصل . وكلمة (المذهب) الأولىٰ ساقطة من (ص) ، (ت٢) .

فَرْعٌ : **٣٥٣٧ـ** إذا رهن رجلٌ عبداً من رجل بألف درهم ، ومات الراهن ، وخلف ابنين ؛ فأدىٰ أحدُهما حصته ، وهو خَمسمائة ، فهل ينفك الرهن في نصف العبد ؟ ذكر **صاحب التقريب قولين**[١] : **أحدهما** ـ ينفك ، كما لو كان الراهن في الابتداء اثنين . وهـٰذا ضعيف لا أصل له . **والقول الثاني** ـ أنه لا ينفك من الرهن شيء ما بقي من الدين شيء ، وهـٰذا ما قطع به **الإمام والمحققون** ؛ فإن الرهن في الابتداء اقتضىٰ وثيقةً علىٰ وجهٍ ، فلتدم تلك الوثيقة .

وإنما ينقدح القولان في فك تعلّق التركة ، فإذا مات رجل وعليه دين متعلق بتركته ، فإذا أدّىٰ أحد الوارثين لحصته ، فانفكاك تعلق الدين بحصته لا يبعد أن يخرج علىٰ قولين مبنيين علىٰ أن أحدهما لو أقر بالدين ، وأنكر الثاني ، فهل يلزم المقر تأدية الدين من حصته من التركة ؟ فيه قولان مشهوران ، كما سنذكرهما في كتاب الأقارير . فأما وثيقة أثبتها شخص واحد علىٰ قضية ، فيبعد أن تزول تلك القضية بموته ، وتعدد ورثته ، ولهـٰذا التفاتٌ علىٰ موت السّيد المكاتِب وتخليفه ورثةً ، وأداء المكاتَب حصةَ بعضهم . والقول في هـٰذا طويل .

فَصْلٌ

قال : « ولو أكرى الرهنَ من صاحبه أو أعاره أياماً ، لم ينفسخ الرهن . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٣٥٣٨ـ اختلف الأصحاب في صورة المسألة : فمنهم من قال : صورة المسألة أن يكتري الراهن المرهونَ من المرتهن ، لأن الإكراء إنما يصح منه ؛ إذ هو المالك والمستحِق للتصرف في المنفعة ، فعلىٰ هـٰذا يسمَّى المرتهن صاحبَ الرهن بماله من حق الحبس . وقصد الردَّ علىٰ **أبي حنيفة**[٣] حيث قال : الرهن والكراء لا يجتمعان .

---

(١) في (ص) : وجهين . وساقطة من (ت٢) .

(٢) ر . المختصر : ٢/٢١٠ .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ٩٣ ، المبسوط : ٢١/١٠٧ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤/٢٩٧ مسألة : ٢٠١٤ .

وإذا أجزنا ، فآخرهما ينقضُ[١] أولهما .

ومن أصحابنا من قال : صورة المسألة أن يكري المرتهن المرهون من الراهن ، ويُقبضه على اعتقاد الإجارة ، فلا شكّ أن الإجارة فاسدة ؛ فإنها ليست صادرة عن استحقاق ، ولٰكن الغرض أَنَّ المرهون وإن رجع إلىٰ يد الراهن ، فلا يُقضىٰ بانفساخ الرهن ، وإن كان العود إلىٰ يده برضا مستحِق اليد ، وهو المرتهن .

ومن أصحابنا من صور إجارةً تصح من المرتهن لينتظم كلامُ **الشافعي** ، فقال : لو أكرىٰ رجل عبداً من رجل ، ثم إنه رهنه منه ، فالعقدان ثابتان ، والمرتهن يتصرف في المنافع ؛ فإنه مستحقها بالإجارة السابقة . فإذا أجر ذلك العبدَ من الراهن ففي صحة الإجارة وجهان ، سيأتي ذكرهما في كتاب الإجارة . وسبب الخلاف كون المستأجر مالكاً للرقبة ، فهٰذه صورة الإجَارة الصحيحة علىٰ وجه . وغرضُ الفصل أن الرهن لا يبطل برجوع العين إلىٰ يد الراهن .

فَصْلٌ

قال : « ولو رهنه وديعةً له في يده . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٣٥٣٩ـ إذا أودع رجل عيناً عند رجل ، ثم إن مالك العين رهنها من المودَع ، فالذي نص عليه هاهنا أنه لا بد في القبض من إذنٍ ، ونفسُ عقد الرهن مع ثبوت اليد للمرتهن ، لا يكون متضمناً إذناً في القبض/ . ي ١٥٧

ونص علىٰ أنه لو وهبَ شيئاً وهو في يد المتهب ، صار مقبوضاً من غير إذنٍ جديد .

ونصه هٰذا يخالف نصَّه في الرهن ، فاختلف أصحابنا علىٰ **طريقين** : فمنهم من جعل في المسألة **قولين** بالنقل والتخريج **أحدهما** ـ لا يشترط الإذن في القبض ، لا في الرهن ، ولا في الهبة ؛ فنفس العقد إذا صادف اليدَ من المرتهن والمتهب ، كان

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : يفسخ .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .

متضمناً إذناً في القبض . **والقول الثاني** ـ وهو القياس أنه لا بد من الإذن في القبض في المسألتين ؛ فإنه لم يَجْر له تعرض ، واليدُ السابقة كانت يدَ وديعة أو يداً عن جهة أخرىٰ .

ومن أصحابنا من أقر النَّصين في الرهن والهبة قرارَهما ، وشرط الإذن في القبض في الرهن ، ولم يشترط ذلك في الهبة . وفرق بينهما بالقوة والضعف ، فالهبة مملِّكة والرهن مقصوده إثباتُ اختصاص .

فإن قلنا : لا بد من الإذن ، فالعقد قبل الإذن على الجواز ، وهو رهن غير مقيدٍ بالقبض ، وإذا جرى الإذن ، لم يحصل القبض بمجرد الإذن أيضاً ، حتىٰ يمضي من الزمان ما يتأتىٰ فيه القبض ، وهو زمان يسع الرجوع إلىٰ موضع الوديعة .

وعلة هـٰذا أنا نريد أن نجعل دوام اليد كابتداء القبض بالإذن ، ولا أقل من أن يجري زمنٌ يُتصوّر فيه ابتداء القبض لو أُريد ذلك .

وإن جعلنا نفسَ العقد إذناً في القبض ، فلا بد وأن يمضي من وقت العقد زمان يسع إمكان الإقباض بتقدير الرجوع إلى المكان الذي به العين . وقد اتفقت الطرق على اعتبار الزمان .

قال **الشافعي** : « **لو كان في المسجد والوديعةُ في البيت ، لم يكن قبضاً حتىٰ يصير إلىٰ منزله الذي هو فيه** »[1] .

فإذا ثبت اعتبارُ مضي الزمان ، فهل يشترط حقيقةُ الرجوع من القابض ، ومعاينة العين ، فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ لا يشترط ذلك ، بل يكتفىٰ بمضي زمان إمكان الرجوع ؛ فإن الأمر مبني على استدامةٍ ، لا على ابتداء فعل . والذي يليق ثَمَّ بالاستدامة الاكتفاء بزمان الرجوع .

والوجه الثاني ـ أنه لا بد من الرجوع حتىٰ يصير الدوام مع الثقة بوجود العين بمثابة افتتاح إقباض . ونصُّ **الشافعي** دليل عليه ؛ فإنه قال : « لو كان في المسجد والوديعةُ في البيت ، لم يكن قبضاً حتىٰ يصير إلىٰ منزله » .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ . وعبارته : « . . . حتىٰ يصير إلىٰ منزله وهي فيه . . . إلىٰ آخره » .

وذكر بعض أصحابنا **وجهاً ثالثاً** ، فقال : إن كانت العين مأمونةَ التلف ، فلا حاجة إلى الرجوع والمعاينة ، وإن كان لا يأمن تلفه ، فلا بد من الرجوع والمعاينة .

ثم ما ذكرناه من الأمر يُكتفىٰ فيه بغلبةِ الظن ، ولا يشترط اليقين في ذلك .

قال **العراقيون** : هـٰذا هو المذهب . عنَوْا مضيَّ الزمان وحَكَوْا عن **حرملة** من أصحابنا : أنا إذا لم نشترط إذناً ، فلا نشترط مضيَّ مدة أيضاً ، ولـٰكن يتم القبض بنفس العقد ولفظه حكماً . فظاهر ما نقلوه عن **حرملة** سقوطُ اعتبار الزمان علىٰ قولنا : أنا لا نشترط إذناً في القبض . ومقتضىٰ نقلهم أنه يوافق الأصحابَ علىٰ قول اشتراط الإذن ، ويعتبر مضي الزمان من وقت الإذن .

وقياس مذهبه إسقاط اعتبار الزمان بعد الإذن ، كما يسقط اعتباره بعد العقد إذا لم يشترط الإذن .

٣٥٤٠ـ ومن تمام التفريع على المذهب المشهور أنا إذا اشترطنا الرجوعَ إلىٰ مكان العين ، فهل يشترط أن ننقلها من مكان إلىٰ مكان ، كما يقع مثله قبضاً وإقباضاً بين اثنين ؟ فعلىٰ **وجهين**/ : **أحدهما ـ** لا بد منه ، لتثبت صورة القبض . وكأن هـٰذا القائل ليس يقنع بدوام اليد . وهـٰذا ضعيف ؛ فإنه إن كان يشترط إجراء قبضٍ ، فكيف يكون الشخص الواحد قابضاً مقبضاً ؟ وقد ذكرنا ما فيه من مسائل القبض في كتاب البيع . ش ١٥٧

ثم استكمل التفريع **الشيخ أبو علي**[1] فقال : إذا ثبت أنه لا بد في القبض من انقضاء زمان بعد الإذن ، ولا بد من الإذن ، فابتداءُ المدة من وقت الإذن ، فلو كان الكلام في مبيعٍ ، فهو قبل انقضاء المدة في ضمان البائع لو تلف ، ولو تلف بعد المدة ، فهو من ضمان المشتري .

وإذا شرطنا الإذن في القبض في الرهن والهبة ؛ فيصح الرجوع عن الإذن قبل انقضاء المدة . ولو انقضت المدة ، ولم نشترط الرجوع إلىٰ عينه ، لم يؤثر رجوعه عن الإذن .

وكل ذلك بيّن . ولـٰكني أحببت نقلَه منصوصاً لإمام .

---

(١) في (ت٢) : الشيخ أبو إسحاق .

وتمام بيان الفصل في شيء : وهو أنا إذا جعلنا نفسَ العقد منهما إذناً في القبض ، فهل يملك العاقد الرجوعَ قبل مضي الزمانِ ؟ فعلىٰ وجهين أشار إليهما صاحب التقريب ، وصرح بهما شيخي : أحدهما ـ أن الرجوع ممكن ؛ إذ لا قبض بعدُ . والثاني ـ لا ؛ فإن القبض صار ضمناً للعقد .

ولعل حرملة قال ما قال عن هٰذا ، حيث أسقط اعتبار الزمان علىٰ قول اشتراط الإذن .

هٰذا كشف الغطاء في الفصل .

٣٥٤١ـ ولم نتعرض فيما أجريناه للبيع والقبض فيه ، وهٰذا أوانُ ذكرِه . وقد قطع الأئمة [في][١] الطرق أنه لا حاجة إلىٰ إذنٍ في القبض في البيع ، بل إذا باع مالك الوديعةِ الوديعةَ من المودَع ، ومضىٰ زمان يحتمل الرجوعَ ، فقد استقر العقد ، وانتقل الضمان .

وفرّقوا بَيْن البيع ، والهبة ، والرهن ، بأن قالوا : البيع مقتضاه وجوب الإقباض على الجملة ، فإذا أورده المالك علىٰ يد المشتري فقد أوجب له القبضَ . والقبضُ لا يستحق قط على الراهن والواهب ، بل وَضْعُ العقدين علىٰ وقوف القبض على اختياره . وهٰذا يتأكد بحصول الملك للمشتري ، فإذا انضم ملكُه إلىٰ دوام يده [و][٢] ورد عليه العقد ، تم الأمرُ .

وعلىٰ هٰذا ظهر خلاف بين الأصحاب في أن الزمان هل يعتبر بعد جريان العقد ؟ فمنهم من قال : لا حاجة إلى الزمان مع تأكد الحال في اجتماع الملك واليد . ومنهم من قال : لا بد من اعتبار الزمان ، كما ذكرناه في الرهن والهبة .

هٰذا هو المسلك المشهور للأصحاب .

وذكر الشيخ أبو علي في الشرح وجهاً أن القبض لا يحصل ، ولا يبطل حق البائع في حبس المبيع إذا أثبتنا له حقَّ الحبس ، ما لم يأذن في القبض ، أو يتوفر عليه الثمن

---

(١) في الأصل : علىٰ .
(٢) ساقطة من الأصل .

من جهة المشتري . وهـٰذا غريب . وإن كان قياسه علىٰ قبض الهبة والرهن واضحاً . ثم لو وفر الثمن علىٰ هـٰذا الوجه الضعيف أو أذن البائع في القبض ، ففي اعتبار الزمان ما ذكرناه من الخلاف .

والذي ينقدح لنا في هـٰذا : أنا إن لم نُحصل القبضَ حتىٰ يتوفر الثمن ، فينبغي أن تكون العين في يد المشتري بمثابة المبيع يقبضه قبل توفير الثمن ، حتىٰ لو فرض التلف ، لجرى الأمر فيه كما أوضحناه في كتاب البيع . وهـٰذا يلتفت علىٰ قبض الطعام المشترىٰ مكايلة جزافاً .

هـٰذا منتهى البيان في أطراف/ الفصل . ي ١٥٨

٣٥٤٢ـ وقد كنا وعدنا أن نذكر حكم قبض الأبِ إذا رهن من طفله ، أو ارتهن من مال طفله .

[فنقول : إن ارتهن من مال طفله ، فاليد في مال طفله له ؛ فهو كالمودَع ، ولـٰكن الترتيب في المودَع يتعلق بإذن المالك ، والمرعيّ هاهنا قصد الأب . ثم الكلام بعد قصده في الزمان كما مضىٰ .

هـٰذا إذا ارتهن من مال طفله][(١)] .

فأما إذا رهن من الطفل فيرعىٰ أن يقصد إقباضَه ، وإقباضُه أن يقبض له .

ثم القول في المدة وما يتصل بها كما مضىٰ .

ونجز الفصل علىٰ أبلغ وجه في البيان .

فَصْلٌ

قال : « ولا يكون القبض إلا ما حضره المرتهن أو وكيله . . . إلىٰ آخره »[(٢)] .

٣٥٤٣ـ قبض المرهون مما يتطرق النيابة إليه . فإن قبض المرتهن بنفسه عند إقباض الراهن إياه ، أو عند إذنه له في القبض فذاك . وإن وكل وكيلاً حتىٰ يقبضه له ، صح .

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .

وليكن ذلك الوكيل ممن يصح قبضُه ، ولا تكون يده يدَ الراهن . هـٰذا عقدُ الفصل .

فلو وكل عبدَ الراهن ، أو مدبَّره ، أو أمَّ ولده ، حتىٰ يقبض ، لم يحصل القبضُ بأيديهم ؛ فإنها بمثابة يد المالك الراهن . ولو وكل مكاتَب الراهن ، صح قبضُه ، فإن يدَه مستقلة ، وهو بمحل أن يعامل سيدَه .

ولو وكل عبدَ الراهن المأذونَ في التجارة ، فقد ذكر **الشيخ أبو علي ثلاثةَ أوجه** : **أحدها** ـ أن قبضه لا يصح . وهو الأصح ؛ فإنه قِنٌّ لمالكه . **والوجه الثاني** ـ أنه يصح لانفراده بالتصرف والتزام العهد . **والوجه الثالث** ـ وهو اختيار **الشيخ** أنه إن لم يكن مديوناً ، لم يصح قبضه للمرتهن . وإن كان مديوناً ، صح ذلك ؛ فإنه إذا أحاطت به الديون تُثبت له أحكاماً لا تثبت قبلها .

قال **الشيخ** : لو اشترى المأذون شقصاً وسيده شريك في الدار ، فإن لم يكن عليه دين ، فلا شفعة للسيد ؛ فإن الشراء وقع له ، فلا فائدة في الشفعة ، وإن كان عليه دين ، فهل تثبت الشفعة للسيد ؟ فعلىٰ **وجهين** .

وهـٰذا بعيد عندي ؛ من جهة أن الملك يقع له ، ومن يمنعه من أداء الديون ، وتخليص الشقص المشترَىٰ لنفسه ؟ ولعلِّي أعود إلىٰ هـٰذا في كتاب الشفعة .

ولو وكل المرتهن صبياً بقبضه ، فقبضُ الصبي باطل ، ولا يلزم الرهن به . وقد ذكرنا طرفاً صالحاً منه في كتاب البيع .

فَرْعٌ : **٣٥٤٤ـ** ذكر **العراقيون** نصّين عن **الشافعي** فيه إذا قال الراهن للمرتهن : قد أذنت لك في قبض الرهن ، فلم يقبضه . وقال المرتهن : قد قبضتُه . قالوا : قال **الشافعي** في موضعٍ : « القول قول المرتهن » ، وقال في موضع : « القول قول الراهن » . ثم قالوا : ليست المسألة علىٰ قولين ، ولـٰكنها علىٰ حالين ، فحيث قال : « القول قول المرتهن » ، أراد إذا كان الرهن في يده . وحيث قال : « القول قول الراهن » ، أراد إذا كانت يدُه ثابتة على العين المرهونة .

فَرْعٌ : **٣٥٤٥ـ** إذا رهن المودِع الوديعة عند المودَع ، وقلنا : لا بد من الرجوع إلىٰ مكان الوديعة ، فلو وكل وكيلاً حتىٰ يرجع ، ويشاهد ، وينوب عنه ، فهل يصح

التوكيل في ذلك ؟ أم لا بد من رجوع المرتهن بنفسه ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ يصح التوكيل فيه ، وهو الأصح ، كالتوكيل في أصل القبض . **والثاني** ـ لا يصح ؛ فإنه ليس قبضاً على الحقيقة ، وإنما هو أمر حكمي ، واليد للمودَع ، فليكن الرجوع منه .

٣٥٤٦ـ فرع متصل بقبض الصّبيان ، وما يتلف في أيديهم ، نقله بعض الأثبات من أجوبة **القاضي** عن مسائلِ الوقائع : سئل عن تلاعب الصبيان بالجوز فقال : إنه قمار ، ولا حرج/ على الصبيان لعدم التكليف ، وما يتلف في يد الصبي من جوز صبي فضمانه ثابت في مال الصبي الذي تلف في يده . ش ١٥٨

فإن كان يلاعبهم بالغ ، فما يتلف في يده من جوز الصبيان مضمون عليه ، وما يتلف في أيدي الصبيان من جوزه ، فلا ضمان ؛ فإنه المفرِّط بتسليطهم علىٰ جوزه وإثبات أيديهم عليها .

وإذا حصل في يد صبي جوزات صبي ، وعلم بها القيم ، أو الأب ، ومن يلي بنفسه أو بتوليةٍ ، فإذا لم ينتزعها ، وجب الضمان على القيّم ، أو الولي للتفريط .

وإن علمت به أُمُّه ، ولم تنتزعها ، فالأصح أنه لا ضمان عليها ؛ تخريجاً علىٰ أن الأم ليست وليّة ، فسبيلها ولا نظر لها كسبيل الأجانب .

ولا إشكال في شيء ممّا ذكرناه ، وإنما المستفاد منه التسبب إلىٰ تخريج مسألة مبنية علىٰ أصول هي أقطاب المذهب .

فَصْلٌ

قال : « والإقرار بقبض الرهن جائز . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٥٤٧ـ إذا أقر المالك بالرهن والإقباض ، حكم عليه بموجب إقراره .

ولو قامت البينة علىٰ إقراره بالرهن والإقباض ، فقال : قد أشهدت علىٰ إقراري [وما أقبضتُ][٢] نُظر : فإن ذكر سبباً لا يستنكر وقوع مثله ، مثل أن يقول : ظننت أني

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٠ .
(٢) في الأصل : « وما قبضت » والمثبت من (ت٢) ، (ص) .

[أقبضتُ][(١)] ، فأقررت علىٰ موجب ظني ، ثم تبينت خلاف ذلك ، أو قال : اعتمدت كتاب وكيلٍ لي ، ثم تبينت أنه مزور ، أو قال : ظننت أن الإقباض بالقول صحيح ، فبنيت إقراري عليه ، أو قدمت الإشهاد على الصك والعرف جارٍ بمثله . فهـٰذه جهات غير منكرة . فإذا ادَّعىٰ شيئاً منها ، واقتصر علىٰ دعواه هـٰذه ، لم يلتفت إليه ، وقد جرى القضاء بالإقرار .

وإن قال : حلّفوا المرتهن أنه قبض ، فله تحليفه . ثم لا يخفىٰ طريق فصل الخصومة عند عرض اليمين وفرض الحلف أو النكول . وإنما جوزنا تحليفه ؛ لأن ما قاله ممكن ، والمدعي يكتفي في ثبوت دعواه بإمكانها . وكيفما فُرض الأمر ، فغايته أن يُسعَف بتحليف خصمه .

ولو أنه أقر بالإقباض ، ثم قال : كذبتُ فيما قلت . ولم يذكر جهة يستند إليها صَدَرُ إقراره ودعواه التي يدعيها بعده ، فالذي قطع به **المراوزة** أنه لا يقبل منه علىٰ هـٰذه الصيغة ، ولا يملك تحليفَ خصمه وهـٰذه صيغة لفظه .

وذكر **العراقيون** هـٰذه المسألة : وهي إذا كذّب نفسه صريحاً في إقراره السابق ، وقالوا : ما صار إليه معظم الأصحاب أن له أن يحلّف خصمه ، ويحمل تكذيبه نفسَه علىٰ جهة من الجهات التي ذكرناها ، لا على الكذبِ الصريح ؛ فإن هـٰذا ممكن . وقد ذكرنا أن الدعوىٰ لا تعتمد إلا الإمكان . وهـٰذا متحقق في التكذيب .

قالوا : قال **أبو إسحاق المروزي** : ليس له في هـٰذه الصورة أن يُحلِّف ، وهـٰذا الذي قطع به **المراوزة** . وكان **شيخي أبو محمد** يحكي عن شيخه **القفال** أن ما ذكره من ملك الدعوىٰ والتحليف فيه إذا ثبت الإقرار في مجلس القاضي بالبينة . فأما إذا ادعى الخصمُ الرهنَ والإقباضَ ، فاعترف في مجلس القضاء ، ثم أراد أن يذكر لإقراره محملاً ويحلِّف خَصمه عند ذلك القاضي ، لم يكن له ذلك .

وهـٰذا تخييل عندي ، فإنا إذا كنا نعتمد الإمكان ، فينبغي أن يُكتفىٰ به . نعم إن اتحد المجلس ، فقد يتجه أن نجعل هـٰذا بمثابة تكذيبه نفسَه ، وإن قام من ذلك

---

(١) في الأصل : « قبضت » والمثبت من (ت٢) ، (ص) .

ي ١٥٩ المجلس/ وعاد وأبدىٰ عذراً ، فيتجه تنزيل هـٰذا منزلة ما لو أبدىٰ عذراً في مخالفة الشهود .

وإن أقام الفقيه لما يجري في مجلس القضاء مزية ، واعتضد فيه بأمرٍ يتعلق بخرم أبهة القضاء والغض من مجالس القضاة ، وذلك أن الرجل إذا أقر بين يدي القاضي ، ثم قال على الفور : كذبت أو أخطأت ، فحلّف خصمي ، فهـٰذا مما لا يعتمد مثله . ولو فرض ، لم نشك أن القضاة الأولين كانوا لا يسعفون بالتحليف ، بل [ربما](١) كانوا يرون ذلك لو وقع من مظانّ التأديب والتعزير . وكل هـٰذا والمذكور إقرار .

فأما إذا شهد عدلان علىٰ فعل الإقباض ، فقال المشهود عليه للقاضي : حلّف خصمي ، لم يجب إلىٰ ذلك ؛ فإنه كذَّبَ الشهودَ ، وليس كذلك إذا شهدوا على الإقرار ، فإنه في طلب التحليف ليس يكذِّب الشهود وإنما يجمع بين تقدير ذلك الإقرار وبين وجهٍ ممكن .

وهـٰذا معترِضٌ في هـٰذا الباب ، واستقصاء أصله وتفصيله في كتاب الدعاوىٰ .

فَصْلٌ

قال : « والقبض في العبد والثوب . . . إلىٰ آخره »(٢) .

٣٥٤٨ـ أراد **الشافعي** أن يتكلم في طرف من كيفية القبض . وقد مضى استقصاء هـٰذا في البيع ، وبيّنا ثَمَّ ما يكون قبضاً في المنقول ، وما يكون قبضاً في العقار .

والذي يقع الاكتفاء به هاهنا أن ما يكون قبضاً ناقلاً للضمان في البيع ، فهو قبض في الرهن ؛ فإنّ صور القبوض لا تختلف باختلاف المقاصد .

قال **القاضي** : ذكرنا قولاً في كتاب البيع في أن التخلية في المنقولاتِ هل تكون قبضاً أم لا بدّ من النقل ؟ وهـٰذا لا يخرّج في الرهن والهبة ؛ من جهة أن خروجه اتجه في البيع بكون القبض مستحقاً فيه ، فإذا ارتفع حجر البائع ـ وهو مستحِق الحبس ـ

---

(١) ساقطة من الأصل . وأثبتناها من (ت٢) ، (ص) .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .

بالتخلية ، وانضم إليه ملك المشتري واستحقاقُه القبضَ ، لم يبعد أن تكون التخليةُ كافيةً . وهـٰذا المعنىٰ لا يتحقق في الرهن والهبة ؛ فإن القبض غيرُ مستَحق فيها .

وهـٰذا الذي ذكره حسن . ولـٰكن صرح الأصحاب بذكر قولِ التخلية في الهبة والرهن ؛ مصيراً إلىٰ أن القبوض صورٌ ، فلا تختلف باختلاف المحال .

فَصْلٌ

قال : « ولو كان في يد المرتهن بغصبٍ . . . إلىٰ آخره »(١) .

٣٥٤٩ـ مالك العين إذا صادفها مغصوبة ، فرهنها عند الغاصب ، فالرهن صحيح ، والذي ذهب إليه معظم الأصحاب أن القول في حصول القبض بنفس الرهن كالقول فيه إذا رهن المودِع عند المودَع بلا اختلاف .

وذهب بعض أصحابنا إلىٰ أن القول الذي يخرّج في المودَع : في أن نفس الرهن يتضمن الإقباض لا يخرّج هاهنا ؛ فإن يد المودَع صدرت عن حكم المالك ، فإذا صادفها الرهن ، كان دوامُ اليد بمثابة ابتدائها في قولٍ . وهـٰذا لا يتحقق في يد الغاصب .

وهـٰذا تخييل . والأصح ما عليه الجمهور .

ثم إذا حكمنا بتمام الرهن على التفاصيل المقدمة ، أو صرح الراهن بالإذن في الإمساك عن جهة الرهن ، فمذهب **الشافعي** أن ضمان الغصب لا يزول بهـٰذا ، فتكون العين مرهونةً في يد الغاصب مضمونة عليه بحكم الغصب ، وبناء المذهب علىٰ أن الضمان يثبت بيد الغاصب ، فلا يزول ما لم تزل يد الغاصب إلى المالك ، أو يزول ملك المالك إلى الغاصب .

وقنع بعض أصحابنا بأن أطلقوا إمكان اجتماع الرهن والغصب إذا فرض طريان العدوان . وهـٰذا غير سديد ؛ فإنّ طريان العدوان سببه/ إحداث المرتهن ما لم يكن له أن يحدثه ، وليس يشبه هـٰذا إذنَ المالك للغاصب في الإمساك . ومن لا يستشعر ١٥٩ ش

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٠ .

غموضَ هـٰذه المسألة فليس من [الفقه][1] في شيء ؛ فإن ضمان الغصب سببه عدوانُ الغاصب . وقد انقطع العدوان بالإذن في جهة غير مضمِّنة .

ولو أودع العينَ المغصوبة عند الغاصب ، فقد ظهر اختلاف الأصحاب في انقطاع ضمان الغصب ، فمنهم من قال : لا ينقطع ما لم تتبدَّلُ اليد . ومنهم من قال : يزول ضمان الغصب ؛ فإن الائتمان مقصود في الإيداع ، وليس الائتمان مقصوداً في الرهن ، بل مقصوده التوثيق . ثم الأمانة من موجَبه ومقتضاه .

٣٥٥٠ـ ولو أجر المالك العين المغصوبة من الغاصب ، والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر ، فهل يُقضَىٰ بأن المغصوب ينقلب أمانةً في يد الغاصب بالإجارة ؟ فعلىٰ وجهين مرتبين على الوجهين في الإيداع . والإجارة أولىٰ بأن لا تُسقط ضمان الغصب ؛ لأن الائتمان ليس مقصوداً فيها .

ولو وكل المالكُ الغاصبَ بالبيع فإن استحفظه في الحال مودَعاً ، ثم أذن له في البيع إذا وجد طالباً ، فالاستحفاظ إيداع ، وقد مضى الكلام فيه . وإن لم يجر استحفاظٌ ، فالوكالة المطلقة في البيع نازلةٌ منزلة الإجارة ؛ لأن الائتمان غيرُ مقصود فيها ، بخلاف الإيداع ؛ وكانت الوكالة من هـٰذه الوجوه كالإجارة .

ويجوز أن يقال : الوكالة المطلقة أولىٰ بأن لا تُبطل ضمان الغصب ؛ من قِبل أن الإجارة في ضمنها تسليط القبض والإمساك ، والتوكيل في البيع ليس كذلك ، فيتجه ترتيب الوكالة المطلقة على الإجارة .

فإن قيل : اعتمدتم في ترتيب المذهب أن الأمانة ليس مقصوداً في الإجارة ، وإن كانت الأمانة من حكمها ، فهلاّ نزلتم الرهنَ منزلة الإجارة ؛ فإن الرهن في وضعه لا يقتضي ضماناً كالإجارة ؟

قلنا : نود لو كان كذلك ، ولـٰكن لم نطلع في هـٰذا علىٰ خلافٍ للأصحاب معتبرٍ ، والاعتبار بما يُجريه أئمةُ النظر في مسائل الخلاف ، إذا كان لا يستند إلىٰ أصل في المذهب من طريق النقل .

---

(١) في الأصل : المسألة .

والذي ينتظم في محاولة الفرق بين الرهن والإجارة أن بناء بقاء الضمان علىٰ أنه حكم ثابت باليد ؛ فلا يزول مع دوام اليدِ والملكِ . والإيداعُ خرج على الخلاف ، والظاهر أنه يقطع الضمان ؛ لأن يد المودَع مقصورةٌ علىٰ غرض المالك وحظه ، فنزِّل الإيداع منزلة الرد .

ويد المستأجر (مستأجرة)[١] من يد المودَع ؛ من حيث إن الحظ فيها ليس للمالك على التمحّض ، ولـٰكن الحظ مشترك ، فحظّ المستأجِر استيفاءُ المنفعة ، وحظ المالك تقرير عوض المنفعة ، فاقتضىٰ ذلك فرقاً ظاهراً بين يد المستأجر ويد المودَع . فأما يد الرهن ، فلا حظ فيها للمالك أصلاً ، وإنما الحظ كله للمرتهن .

وإذا كان كذلك لم تنزل يدُ المرتهن منزلة الرد على المالك .

فإن قيل : إذا كان الحظ للمرتهن ، فهلا جعلتم يده يد ضمان كيد المستعير ؟ قلنا : إنما كان ذلك لأن المقصود من الرهن الوثيقةُ، والتعرضُ لغرر الضمان لا يطابق الوثيقة .

فإن قالوا : نفيُ[٢] الضمان إذاً[٣] مقتضى الرهن ، فاجعلوا الأمر كذلك ، فأسقطوا ضمان الغصب أو لا تصححوا[٤] يدَ الراهن .

قلنا : ذلك لأنا لا نرى الأيدي الطارئة على الغصب منقسمة ، ويدُ المرتهن لو لم يسبقها عدوان لا تقتضي ضماناً ، ولـٰكنها لا تقوىٰ علىٰ إزالة ضمان . وهـٰذا في نهاية الإشكال . وهو من فنون الاحتيال التي نكرهها/ من أصحاب **أبي حنيفة** في مدافعات الكليات الجلية . ١٦٠ ي

والأصل الذي يبتدره الفقيه المنصف أن يزول الضمان عند انقطاع[٥] العدوان .

---

(١) (ص) ، (ت٢) : مستأجرة . وفي الأصل هـٰكذا (مسأحره) بدون نقط . ولعلها مستأخرة (بالخاء) ، فالكلام في ترتيب المسألة .

(٢) في (ت٢) : بقي .

(٣) في (ص) : إذاً من مقضي .

(٤) في (ت٢) ، (ص) : فصححوا .

(٥) بعد أن قرر الإمام نص الشافعي ، وأقام المذهب عليه ، وأرسىٰ قاعدته ، عاد فأكد ما يراه قائلاً : إن الضمان يزول عند انقطاع العدوان .

فهٰذا منتهى الإمكان . ومعتمد المذهب النقل .

٣٥٥١ـ ومما يتعلق بأطراف المسألة أن المالك إذا قال للغاصب : أبرأتك عن ضمان الغصب ، ففيه وجهان : **أحدهما** ـ أنه لا يبرأ . **والثاني** ـ أنه يبرأ ؛ وتصير يدهُ يدَ أمانة ، والوجهان مأخوذان من الأصل المشهور في أن ما لم يجب ووُجد سببُ وجوبه هل يصح الإبراء منه ؟ وفيه قولان . وبيان ذلك أن القيمة إنما تجب على الغاصب ، إذا فاتت العين ، وامتنع ردها ، والغصب سببٌ ناجز لاقتضاء هٰذا الضمان ، عند تعذر الرد .

٣٥٥١/ م ـ ثم ذكر **الشيخ أبو علي** للرهن المغصوب ترتيباً ، هو تتمة الكلام ، فقال : إذا رهن المالك المغصوبَ من الغاصب ، وأذن في القبض ، وتم القبض كما فصلناه فيما تقدم ، فقد انبرم الرهن ، حتىٰ لو أراد الراهن الفسخ ، لم يجد إليه سبيلاً . ولو أراد المرتهن أن يزول عنه ضمان الغصب ، فليرد العين إلى الراهن ، فيخرج عن ضمان الغصب ، ولا ينقطع حقه من الوثيقة . ثم إنه كما رده على المالك يملك استردادَه . ويخرج من ذلك أن له أن يجبر الراهن علىٰ قبض الرهن ؛ ليزول عنه الضمان ، وليس للراهن أن يمتنع من ذلك . ثم ما قبضه يلزمه أن يردّه على المرتهن ؛ لأن الرد لازم .

وجرىٰ في أثناء كلام **الشيخ** ما يدل علىٰ أن للراهن أن يسترد العين المغصوبة ، ثم يردها ، حتىٰ إذا امتنع المرتهن من ذلك أجبر على الرد ، ثم يرد عليه .

هٰذا ما أجراه .

والقياس عندي أن الراهن لا يملك هٰذا ؛ فإنه أثبت للمرتهن يداً لازمة ، ونحن إنما جوزنا للمرتهن أن يجبر الراهن على استرداد العين ، ليحصّل غرضَه في الخروج عن الضمان ، وهٰذا لا يتحقق في جانب الراهن ؛ فإنه لا غرض له في تبرئة ذمة المرتهن عن عهدة الضمان . وقد صرح **القاضي** بهٰذا في « **الأسرار** »[1] ، والمسألة ظاهرة .

---

(١) اسم كتاب للقاضي . مخطوط طالعناه ، وانتقينا منه .

فَرْعٌ : ٣٥٥٢ـ العارية مضمونة في يد المستعير ، فلو رهن العينَ العاريَّةَ من المستعير ، وأذن له في قبضه عن الرهن ، فهل يزول ضمان العارية ؟ فعلىٰ **وجهين** : ذكرهما **صاحب التقريب** : **أحدهما** ـ لا يزول ، كما لا يزول ضمان الغصب . **والثاني** ـ يزول ؛ فإن ضمان العارية أخف من ضمان الغصب ، وهـٰذا الْتفاتٌ منه على الخلاف المشهور في أن العارية هل تضمن ضمان الغصوب ؟

وأنا أقول : المرتهن مراعٍ حظَّ نفسه وعلةُ الضمان في حق المستعير أنه قابض لحظ نفسه من غير استحقاق . فلما ثبت الاستحقاق في حق المرتهن ، وانطبق هـٰذا على الإذن ، ظهر فيه زوال الضمان ، وليس كذلك ضمان الغصب .

ولست أذكر هـٰذا عن اعتقاد ؛ فإن مضادة الرهن للعدوان أوقع مما تكلفناه في الرهن والعارية .

فصل

قال : « ولو رهنه دارين ، فقبض إحداهما . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٥٥٣ـ إذا رهن عبدين أو دارين بدَين ، وأقبض إحداهما دون الأخرىٰ ، فالتي جرى القبض فيها مرهونة بجميع الدين عندنا ، خلافاً **لأبي حنيفة**[٢] .

ومعوّل المذهب أن الدين لا يتعلق بالمرهون تعلق التقسيط ، بل كل جزء من الرهن مرهون بكل الدين ، ولا خلاف أنه لو تلف أحدهما في يد الراهن ، وأقبض الثاني ، كان مرهوناً بالجميع .

وإذا باع الرجل عبدين بمبلغ من الثمن ، ثم انفسخ البيع في أحدهما ، لم يكن الباقي في مقابلة جميع الثمن ؛ لأن انفساخ العقد في المعوض يوجب انفساخه في العوض الذي/ يقابله ، ومساق هـٰذا يتضمن سقوطَ مقدارٍ من الثمن ، فكيف يُتخيل والحالة هـٰذه أن يكون الباقي محبوساً بجميع الثمن ، وقد تحقق سقوط قسط من ١٦٠ ش

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٠ .
(٢) ر . المبسوط : ٢١/ ٦٩ ، ٧٠ ، البدائع : ٦/ ١٣٨ .

الثمن . وليس الدين عوضاً للرهن حتىٰ يفرض بانفساخ الرهن في بعض المرهون سقوط بعض الدين .

وقد ذهب الأئمة المعتبرون إلىٰ أن من باع مقداراً من المكيل بثمن معلوم ، وتوفر عليه معظم الثمن ، والتفريع علىٰ أن حق الحبس ثابت للبائع ، فلا يلزم تسليم شيء ما بقي من الثمن شيء . فلما كان الثمن باقياً ، جرىٰ حبس المبيع علىٰ قياس حبس الرهن ، وآل افتراق البابين إلىٰ سقوط بعض العوض في البيع عند فوات بعض المبيع . وهـٰذا لا يتصور في الدين بالإضافة إلى الرهن .

وقد ذهب بعض أصحابنا إلىٰ أن توفير بعض الثمن يوجب على البائع تسليمَ مقدارِه من المثمن ، إذا كان المبيع قابلاً للقسمة . وهـٰذا رديء غيرُ معتد به ، والأصل ما قدمناه .

وهـٰذا الوجه ليس بأبعد في القياس عن قول مشهور في الحكاية في تفريع تفريق الصفقة : وهو أن كل الثمن يبقىٰ وإن انفسخ العقد في معظم الثمن ، ورب وجه منقاسٍ لا أعده من المذهب ؛ إذ لم يشتهر نقله ، وأعد قولاً أضعف منه لاشتهار النقل فيه .

٣٥٥٤ـ ثم ذكر **الشافعي** أن من ارتهن داراً وقبضها ، وانهدمت في يده ، فالرهن باقٍ على الساحة ، والنقض المنهدم رهنٌ ؛ فإنَّ تغيّر صفة المرهون لا يخرجه عن كونه رهناً . وهـٰذا مستبين .

فصل

قال : « ولو رهنه جارية . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٥٥٥ـ هـٰذا الفصل يقتضي تأخير ما قدمه **الشافعي** ، وتقديم ما أخره ، فنبدأ باستقصاء القول في إعتاق الراهن العبدَ المرهون ، واستيلادِه الجاريةَ المرهونة ، حتىٰ إذا استوفينا أطراف الكلام ، انعطفنا حينئذ علىٰ صدر الفصل .

فإذا رهن الرجل عبداً وسلمه ، وانبرم الرهن فيه ، ثم أعتقه من غير إذن المرتهن ،

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١١ .

ففي نفوذ عتقه **أقوال** : **أحدها** ـ أنه ينفذ لوروده على الملكِ الثابت للمعتِق ، وكون المعتِق من أهل العتق ، ومبنى العتق على النفوذ .

والقول الثاني ـ أنه لا ينفذ العتق ؛ فإن الرهن يتضمن حجراً لازماً على الراهن ، فلو سلطناه على الإعتاق ، لكان مناقضاً للحجر المحكوم بلزومه .

والقول الثالث ـ أنا نَفْصِل بين كون الراهن موسراً ، وبين أن يكون معسراً ، فإن كان موسراً ، نفذ عتقه ، وغرِم قيمةَ العبد المرتهن ليكون رهناً . وإن كان معسراً لا ينفذ عتقه أصلاً .

وهٰذا القائل يشبه جريانَ العتق وسريانَه إلىٰ حق المرتهن بمثابة سريان عتق أحد الشريكين إلىٰ نصيب صاحبه من العبد المشترك . وقد تحقق أنا نفصل في عتق الشريك بين الموسر والعسر .

ثم قال **العراقيون** : إذا فرعنا علىٰ قول التفصيل ، فلو كان الراهن موسراً وأعتق ، فكيف الترتيب في نفوذ عتقه ؟

قالوا : اختلف أصحابنا : فمنهم من قال : يخرّج في وقت نفوذ عتقه **ثلاثة أقوال** : **أحدها** ـ أنه يتعجل نفوذ العتق ، وبعده يتوجه الغرم ، كما نفصله .

والثاني ـ نفوذ العتق يقع مع غرامة القيمة للمرتهن .

والثالث ـ أن الأمر موقوف .

وهٰذا القائل يُجري هٰذه الأقوال من الأقوال المشهورة في وقت نفوذ عتق الشريك سرياناً إلىٰ نصيب الشريك . هٰذه طريقة/ . ١٦١ ي

قالوا : ومن أصحابنا من قطع بأن العتق ينفذ عاجلاً قولاً واحداً ، وليس علىٰ قياس سريان العتق إلىٰ ملك الشريك . والسبب فيه أن عتق الراهن صادف ملكَه ، والعتق الذي نُسرِّيه في العبد المشترك ينفذ في ملك الغير ، فيجوز أن يتوقف انتقالُ الملك فيه إلى المعتِق علىٰ تقرير ملك الشريك على العوض ، وإنما يستقر الملك علىٰ عوض التلف إذا بُذل ، وثبتت يدُ المتلَف عليه علىٰ ذلك العوض .

وهٰذا القائل يقول : لو كان عتق الراهن علىٰ قياس سريان العتق ، لقطعنا بالفرق

بين الموسر والمعسر . ولا قطعَ ، بل الأصح أن لا فرق .

التفريع : **٣٥٥٦ـ** إن حكمنا بأن العتق ينفذ ، فعلى الراهن أن يغرَم القيمةَ للمرتهن ، والاعتبار بقيمة ساعة الإعتاق ؛ فإنها ساعةُ الإتلاف .

ثم إذا بذل القيمة وسلّمها ، لم يشترط عقد رهن فيها ، بل نفس التسليم إلى المرتهن علىٰ قصد الغُرم يجعل المسلَّم رهناً ، ولا شك أنه لا يتم ذلك ما لم يقصد الراهن المعتِق التسليمَ عن جهة الغُرم . وهـٰذا جار في كل مالٍ يلزم الذمةَ ، ثم يسلّمه ملتزمُه . حتىٰ لو سلَّم ، ثم قال : قصدت الإيداعَ عندك ، فالقول قوله ، ويقع المقبوض وديعة .

٣٥٥٧ـ وإن قلنا : لا ينفذ العتق ، فيبقى الرهن ، فإن مست الحاجة إلىٰ بيعه في الدين ، بعناه . ثم إذا بيع ، فلو عاد إلى الراهن المعتِق يوماً بعد زوال ملكه ، فلا ينفذ عتقه الآن ، وإن زالت الموانع .

وإن انفك الرهن ، ولم يزل ملك الراهن عنه بأن يفك المرتهن الرهن ، أو بأن ينفك بأداءٍ أو إبراء ، فهل ينفذ العتق الآن ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أقيسهما** ـ أنه لا ينفذ ؛ فإنه وجه على العبد منجزاً ، فرأينا ردَّه ، واللفظ إذا رُدّ وأُبطل حكمه ، لم يبق له بعد بطلان أثره حكم .

وسيكون لنا إلىٰ هـٰذا الفصل عودة من وجه آخر ، وعنده نفصل الأمر ، ونبين الحقيقة المطلوبة .

٣٥٥٨ـ ولو علق الراهن عتقَ العبد المرهون ، نُظر : فإن علق عتقه على انفكاك الرهن [فانفك الرهن ، نفذ العتقُ المعلّق ؛ لأن التعليق لا يزاحم حقَّ المرتهن .

وإذا نفذنا العتق بعد انفكاك الرهن،][1] لم يكن نفوذ العتق وارداً علىٰ حق المرتهن . وليس تعليق العتق علىٰ ما وصفناه بمثابة تقديم تعليق العتق علىٰ حصول الملك .

ولو علق عتق العبد المرهون بصفة قد توجد قبل انفكاك الرهن ، فنقول : إن وجدت في استمرار الرهن ، فالعتق مردود تفريعاً علىٰ رد تنجيز العتق ؛ فإن التعليق

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

والصفة اجتمعا في دوام لزوم الرهن ، وكانا كتنجيز العتق ، ولو وُجدت تلك الصفة بعد انفكاك الرهن ، ففي المسألة خلافٌ ، والأصح النفوذ إذا كان لا يفضي الحكم بالنفوذ إلىٰ إبطالِ حق المرتهن .

ومن أصحابنا من قال : لا يصح التعليق أصلاً ، كما لا يصح التنجيز . وهـٰذا يقرب من خلاف الأصحاب فيه إذا قال العبد لزوجته : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ثلاثاً . ثم عَتَقَ العبدُ ، فدخلت الدار ، ففي وقوع الطلقة الثالثة خلاف . وبين القاعدتين فرق ؛ فإن العبد لو قال لزوجته : إن عَتَقتُ ، فأنت طالق ثلاثاً ، جرى الخلاف في هـٰذه الصورة .

ولو قال الراهن : إذا انفك الرهن ، فهـٰذا العبد حر ، نفذ العتق بعد انفكاكه . والفارق أن الطلقة ليست مملوكة للعبد ، ومحل العتق مملوك للراهن . وسبب امتناع العتق حق المرتهن ؛ إذ لو أَذِن ، نفذ العتق .

فهـٰذا ما أردناه .

٣٥٥٩ـ ولو علق/ عتق عبده بصفة ، ثم رهنه ، فوجدت الصفة بعد لزوم الرهن ، ففيه اختلاف مشهور . وللمسألة نظائر ، يجمعها أن الاعتبار بحالة التعليق ، أو بحالة وجود الصفة . وعليه يخرّج خلاف الأصحاب في أن الصحيح إذا علق عتق عبد بصفة ، ثم مرض مرض الموت ، ووجدت الصفة ، فالعتق من رأس المال ، أو هو محسوب من الثلث ؟ فيه خلاف مشهور . وسيأتي أصل ذلك وفرعه في كتاب الوصايا ، إن شاء الله تعالىٰ . ١٦١ ش

٣٥٦٠ـ ومما يتفرع على العتق أن الرجل إذا رهن نصفاً من عبد مملوك له ، واستبقىٰ منه نصفاً ، فالرهن صحيح . فلو أعتق النصفَ الذي لم يرهنه ، نفذ العتق فيه . وفي سريان العتق إلى النصف المرهون على القول الذي نفرع عليه **وجهان** : **أصحهما** ـ النفوذ ؛ فإن العتق إذا كان يسري من الملك إلىٰ [ملك الغير][1] ، فلأن يسري إلىٰ محل حق[2] الغير أولىٰ .

---

(١) في الأصل و(ت٢) : إلى الملك . والمثبت من (ص) .
(٢) (ص) : . . . إلىٰ ملكه أولىٰ ، (ت٢) : إلىٰ محل الغير أولىٰ .

والوجه الثاني ـ أنه لا يسري ؛ لأن العبد بجملته مملوك للراهن ، فلا يحمل عتقُه علىٰ مذهب السريان ، بل إن نفذ التنجز ، فذاك . وإلا فلا نفوذ . وهـٰذا يعتضد بأن الراهن هو الذي حجر علىٰ نفسه ، فليس له التسبب إلىٰ مناقضة الحجر . ولا يلزم عليه ما لو باع النصف من عبده ؛ فإن ذاك ليس حجراً ، إنما هو خروج منه في المبيع عن رتبة الملاّك . ولو نفذنا سريان عتقه على الأصح ، فإنْ وجّه العتقَ على المرهون قصداً ، وقال : أعتقت ما رهنت من هـٰذا العبد ، فالوجه القطع برد عتقه ، إذا كان التفريع على الرد .

ثم قال **المحققون** : إذا رأينا تنفيذ سريان العتق في صورة الوجهين ، فنقطع بالفصل بين الموسر والمعسر ؛ فإن سبب نفوذ هـٰذا قياسُ السراية ، وقياس السراية في مذهب **الشافعي** يقتضي الفصْلَ بين الموسر والمعسر ، كما سيأتي في كتاب العتق .

وأما إعتاق المشتري العبدَ في يد البائع علىٰ قولنا بثبوت حق الحبس ، فقد مضىٰ مفصلاً . ولا شك أن عتق المشتري أولىٰ بالنفوذ من عتق الراهن ؛ فإن حق الحبس في المبيع لم يثبت بعقدٍ مقصود في إثبات الحجر ، والرهنُ عقد متضمنه حجر مقصودٌ على المالك .

هـٰذا كله بيان القول في إعتاق الراهن .

٣٥٦١ـ ونحن نبتدىء بعد ذلك التفصيل في استيلاده .

فنقول : إذا أقبض الجارية المرهونة ـ إن صححنا رهن الجواري ، كما سيأتي ، وهو الأصح ـ فإذا استولدها الراهن بعد انبرام الرهن : أما الولدُ فلا شك في انعقاده حراً ؛ فإنه لا حق للمرتهن في ولد المرهونة رقيقاً فُرِض أو حراً ، ولا يغرَم قيمة الولد ؛ لما ذكرناه من انقطاع حق المرتهن عن الولد ، والمهر لاريب في أنه لا يلزم ؛ فإنه عوض منافع البضع ، ولا حق للمرتهن في المنافع .

والكلام وراء ذلك في ثبوت الاستيلاد .

٣٥٦٢ـ وقد خرّج الأئمة نفوذ الاستيلادِ على الأقوال المتقدمة في نفوذ العتق ، ثم رأَوْا أن يرتبوا الاستيلادَ ، ويجعلوه أولىٰ بالنفوذ ؛ من قِبَل أنه فِعْل ، والأفعال بعيدة

عن/ الرد ، والأقوال عرضة الإفساد والتصحيح ، والفسخ بعد النفوذ ؛ ولذلك ينفذ ١٦٢ ي الاستيلاد ممن هو محجور عليه في تصرفاته ، كالسفيه والمجنون ، واستيلاد المريض جاريتَه نافذٌ ، والعتق يحسب من رأس المال ، وهو بمثابة الاستهلاك الحسي .

فإن حكمنا بأن الاستيلاد ينفذ ، فينفسخ الرهن ، وعلى الراهن قيمةُ الجارية معتبرةً بوقت العلوق ، ففيه حصل الاستيلاد ، والخروج عن الرق المطلق . وقد مضى القول في القيمة .

٣٥٦٣ـ وإن قلنا : لا ينفذ الاستيلاد ، فالجارية مرهونة كما كانت ، فإن حل الحق وهي حامل ، فالذي أطلقه الأئمة قطعُ القول بأنه يمتنع بيعها ؛ لمكان اشتمال رحمها على الولد الحر ، وزعموا أن مطلق البيع لا يقصر عن الولد ، وتناوله للجنين الحرّ محالٌ .

وقد قدمت في هٰذا خلافاً في كتاب البيع ، ونزّلته منزلة ما لو باع الرجل جاريةً حاملاً بولدٍ مملوك ، واستثنىٰ حملَها ، ولا فرق بين أن يقع الاستثناء شرطاً ، وبين أن يقع استثناؤه شرعاً . ولٰكن المذهب المنع كما ذكره الأصحاب ، وإن كان تجويز البيع منقاساً .

ولو ولدت المرهونة وماتت في الطلق ، فالذي صار إليه جماهير الأصحاب أن الراهن يلتزم قيمةَ الجارية للمرتهن ، فيضعُها مرهونة ، كما لو قتل الجارية المرهونة . والسبب فيه أن الطلق مترتب على العلوق ، وهو مترتب علىٰ وطء الراهن ، والضمان يناط بالأسباب تارة ، وبالمباشرات أخرىٰ .

وفي بعض التصانيف أن ضمان القيمة لا يجب ؛ من جهة أن إحالة التلف على العلوق فيه بعدٌ ، وقد تفرض أسباب جِبلِّية ، هي التي جرّت الطلق الشديد .

ولا خير في هٰذا الوجه ، فلا تعتبروا به ، والتفريع علىٰ وجوب الضمان ، كما ذكرناه .

٣٥٦٤ـ فلو وطىء جاريةَ إنسان بشبهة ، فولدت ، فماتت في الطلق ، التزم قيمتها ، تفريعاً على الأصح .

ولو وطىء حرة بشبهة ، وأعلقها ، فماتت من الطلق ، ففي وجوب الدية **وجهان** : **أحدهما** ـ أنها تلزم اعتباراً بالأمة ؛ فإن التسبب حاصل ، كما تقدم . **والثاني** ـ لا تلزم الدية ؛ فإن الأمةَ يُتصوّر الاستيلاء عليها ، فيصير الوطء في حكم الاستيلاء[١] فيها أوّلاً ، ثم العلوق أثرٌ باقٍ من الاستيلاء[٢] السابق ، كالسراية تستند إلى الجراحة ، وكالصيد يُنفِّره المحرم ، فيبقىٰ نِفارُه إلى العثار ، والموت ، والحرة لا يتصور الاستيلاء عليها ، أولاً ، وليس الوطء في نفسه سبباً قويّاً .

وهـٰذا وإن كان مشهوراً ، وقد قطع به طوائف من أصحاب المذهب[٣] ، فالقياس الأول ؛ فإن طريق الضمان التسبب إلى الإتلاف . وهـٰذا لا يختلف بالحرية والرق ، بمثابة احتفارِ البئر في محل العدوان ، وغيرِه من أسباب الضمان .

ولو زنا بامرأة فعلِقت منه ، وطُلِقَت ، وماتت ، فالذي ذكره الأصحاب أن الضمان لا يجب[٤] ، وإن فرض ذلك في الأمة . وكذلك إن قدرت [مضبوطة][٥] غيرَ ممكِّنة ، والسبب فيه أن الطلقَ مترتب على العلوق ، والولد المنتسب إلى الواطىء يُسبب الطلقَ ، وولد الزنا لا انتساب له ، وليس العلوق من هـٰذا الشخص المعيّن معلوماً ؛ حتىٰ يحمل هـٰذا علىٰ جناية متحققة . ولولا حكم الشرع بانتساب الأولاد إلى الآباء ، لما وثقنا بكون ولد من رجل .

وإذا علقت امرأة الرجل منه ، وماتت في الطلق ، فلا ضمان من قِبَل أن العلوق

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : الاستيلاد .

(٢) في (ت٢) : الاستيلاد .

(٣) اقتصر النووي في الروضة علىٰ هـٰذا الوجه ، وجعله الأصح . ولم يشر إلى الآخر . (الروضة : ٤/٧٨ ، ٧٩) .

(٤) نقل الرافعي عن الشيخ أبي حامد « أن في المسألة قولين ، هـٰذا أصحهما » . ر . فتح العزيز بهامش المجموع : ١٠/١٠٤ .

(٥) في الأصل : (مصوطه) هـٰكذا بدون نقط . وهي لا معنىٰ لها علىٰ أي صورةٍ قدرت .

وفي (ت٢) : (مضموطه) . ولا معنىٰ لها أيضاً . والمثبت من (ص) . من تضبَّطه إذا أخذه علىٰ حبسٍ وقهر . (المعجم . والقاموس) فالمعنىٰ أنها مكرهة غير مُمَكِّنة . كما هي عبارة النووي في الروضة : ٤/٧٩ .

مترتب علىٰ سبب مستَحق للزوج/ ، والمترتب على المستحقات غيرُ مضمون عندنا . ١٦٢ ش
ولذلك أهدرنا سراية القصاص .

٣٥٦٥ـ ثم إذا ألزمنا الرجلَ قيمةَ الجارية التي ماتت في الطلق ، فأيةُ قيمةٍ تراعىٰ في ذلك ؟ **للعراقيين ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ أنه يجبُ أقصى القيم من يوم الإحبال إلى الموت ، كما يجب على الغاصب أقصى القيمة ، من يوم القبض إلى التلف ، وكأن الجارية في يد الواطىء منذ علقت إلىٰ أن ماتت .

والثاني ـ أنه يجب قيمةُ يوم الإحبال ؛ فإنه [سبب][1] الإتلافِ ، والأمة وإن بقيت مملوكة ، فهي مع سبب الردىٰ هالكة . ولهـٰذا نظائر ستأتي في كتاب الجراح إن شاء الله تعالىٰ .

والثالث ـ وهو اختيار **ابن أبي هريرة** أنه يجب قيمة يوم الوضع ؛ فإن التلف تحقق يومئذ ، وما تقدم غير موثوقٍ به ، ولا مُحاطٍ به . وهـٰذا كاعتبار النهايات في أروش الجنايات على الأحرار .

٣٥٦٦ـ ومما يتعلق بتمام البيان في ذلك أن الراهن إذا وطىء الجارية وأعلقها ، فولدت ، ونَقَصها الولادةُ ، وجب على الراهن أرشُ النقص ، ووضعه رهناً ، وهـٰكذا سبيل أروش جناياته على المرهون ، علىٰ ما ستأتي فصول الجنايات .

ولو وطىء الجارية المرهونة وكانت بكراً ، وافتضها ، فعليه أرش البكارة . وليس هـٰذا بمثابة المهر في الثيب ؛ فإن الافتضاض جنايةٌ علىٰ جزء من الجملة ، والجملة بأجزائها مرهونة .

فإن قيل : لمَّا فرعتم علىٰ نفوذ الاستيلاد ، قطعتم القولَ بأن الاعتبار بقيمة يوم العلوق ، وردّدتم المذهب حيث انتهيتم في التفريع إليه ؟ قلنا : إذا ثبت الاستيلاد ، انفك الرهن ، ولم يتوقف انفكاكه على الولادة ، فتعين اعتبارُ ذلك اليوم ، وما يفرض من نقصان أو زيادةٍ بعد الانفكاك ، فلا تعلق له بحق المرتهن .

---

(١) ساقطة من النسخ الثلاث ، واقتضاها إيضاح السياق ، كما في عبارة النووي . (الروضة : ٤/ ٧٩) .

وإذا قلنا : لا ينفذ الاستيلاد ، وأوجبنا القيمة بسبب الهلاك ، وقد تقدم السبب المقتضي له ، فتردُّدُ الأصحابِ بين السبب والتلف كما تقدم .

ومما يتفرع علىٰ قولنا : لا يثبت الاستيلاد لحق المرتهن ، أنها تباع في الرهن إذا مست الحاجة إلىٰ بيعها ، ثم إذا بيعت ، فلو عادت يوماً إلى المستولد ، فهل تصير أمَّ ولدٍ له ؟ فعلىٰ **قولين مشهورين** ، ولا اختصاص لهما بهـٰذه الصورة ، بل كل جارية علقت بولد حر ، من مستولد محترم ، وامتنع نفوذ الاستيلاد ، فإذا ثبت للمستولد الملكُ المطلقُ فيها ، ففي نفوذ الاستيلاد القولان .

ومن صور القولين أن يطأ جارية الغير بالشبهة ويُعْلِقَها ، ثم يشتريها . وقد ذكرنا في التفريع علىٰ ردّ عتق الراهن أن العبد المرهون الذي أعتقه الراهنُ إذا بيع في الدَّين ، وعاد ملكاً إلى الراهن ، فلا ينفذ العتق المردود ، والفارق ظاهر ؛ فإن اللفظ[1] إنما ينفذ حيث ينفذ بصيغته ، وكان [صيغة][2] إعتاق الراهن التنجيزَ ، فإذا رُدّ ، ارتد ، وقد زال الملك الذي كان إعتاقه تصرفاً فيه .

والاستيلاد فعل ، والأفعال قد تتوقف ، وكأنا نقدّر إعلاق الجارية بولدٍ حُر تسبُّباً إلىٰ حصول الحرية يوماً من الدهر ، ومبنى الاستيلاد علىٰ هـٰذا ؛ فإنه لا يُنجِّز العتاقة .

٣٥٦٧ـ ولو انفك الرهن عن الجارية ، وكنا رددنا استيلادَ الراهن ، فلأصحابنا **طريقان** : فمنهم من قطع بنفوذ الاستيلاد في هـٰذه الصورة لاستمرار الملك ، وانقطاع المزاحم ، ومنهم من خرَّجه علىٰ قولين ، ورتبهما على القولين في صورة وطء/ الشبهة ، وفيه إذا زال الملك عن المرهونة ، ثم عاد . ولا يكاد يخفىٰ وجه الترتيب ، وطريق الفرق .

ي ١٦٣

والأوجه عندي القطعُ بنفوذ الاستيلاد إذا انفك الرهن . والاستيلاد عندي علىٰ هـٰذا القول مشبَّهٌ بتعليق العتق علىٰ ما بعد الانفكاك . وقد قدمنا القطعَ بنفوذ التعليق علىٰ هـٰذا الوجه .

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : اللفظ الظاهر .
(٢) في الأصل : صفة .

٣٥٦٨ـ [وإذا][1] أعتق الراهنُ العبدَ المرهون ، ورددنا عتقه ، ثم انفك الرهن ، فقد أشرنا إلىٰ خلافٍ في ذلك . والسبب فيه استمرار الملك ، وزوالُ الحجر . وهٰذا يقرب من اختلاف القول في أن المحجور عليه بالفلس إذا أعتق عبداً من جملة مالِه ، فرددنا عتقه ، ثم انفك الحجر عنه ، ولم يتَّفق بيعُ ذلك العبدِ في ديونه ، ففي نفوذ العتق عند إطلاق الحجر قولان ، سيأتي ذكرهما في كتاب التفليس ، إن شاء الله تعالىٰ ، ووجه التشبيه بيّن .

ولا خلاف أن العتق لا ينفذ في اطراد الحجر عليه ؛ فإن فائدة الحجر منعُه من التصرف في ماله . وتفاصيل ذلك يأتي في موضعه . والراهن مطلقٌ ، وقد أبقىٰ ملكَ نفسه في الرقبة ، فظن ظانون أنه مطلق صادف عتقُه ملكَه ، وسرىٰ إلىٰ حق غيره .

ثم سنذكر في بيع المفلس مالَه ـ إذا انفك الحجر عنه ، ولم يتفق صرفُ مبيعه في دينه ـ قولين .

٣٥٦٩ـ وأطلق الأصحاب القول بأن بيع الراهن في المرهون مردود ، ولم يقفوه على انفكاك الحجر ، ولا فرق عندي بين البابين ، ولا محمل لتصحيح بيع المفلس مالَه علىٰ قولٍ إلا الحملُ على الوقف ، ومحمل القولين لا يمتنع جريانُه في الرهن . وبالجملة لا فرق بين البابين إلا أن أحد الحجرين جرىٰ من غير اختيار المحجور عليه في جميع ماله ، والحجر الذي نحن فيه وهو الرهن جرىٰ في مالٍ خاص باختيار مالكه ، فالوجه التسويةُ بين البابين ، وتنزيلُ البيع والعتقِ علىٰ ترتيب واحد ، فالعتق أولىٰ بالنفوذ ، والبيع أبعدُ منه . وهٰذا فنٌّ من الوقف زائد على الأصناف التي ذكرناها في كتاب البيع ، وتقريرُه في كتاب الحجر .

والفارق بين البيع والعتق أن تنفيذ التصرف بطريق الوقف ملتفت إلىٰ مذهب التعليق ، فكأن المفلس قال : إذا انفك الحجر ، فهٰذا العبد حر ، وهٰذا يتطرق إلى العتق ، ويبعد عن البيع ، والمحجور المبذّر عتقه مردودٌ في الحال ، وإذا انفك الحجر عنه ، وظهر الرشد ، لم ينفذ من العتق ما رددناه .

---

(١) في الأصل : فإذا .

ولو قال في سفهه : إذا ظهر رشدي ، فعبدي هـٰذا حر ، لم ينفذ عتقه إذا آنس رشدَه . وأما استيلاده ، فنافذ في الحالِ ؛ فإنه يجري علىٰ مذهب الاستهلاك ، وهـٰذا واضح .

وقد نجز غرضنا من تفصيل القول في إعتاق الراهن واستيلاده وما يتعلق بأطراف الكلام في ذلك .

٣٥٧٠ـ ثم قال الشافعي في أثناء الكلام تفريعاً علىٰ ثبوت الاستيلاد : « **وتعتِق بموت السيد في قول من يعتقها** »[١] .

وهـٰذا ترديدُ قولٍ منه في بيع أمهات الأولاد . وهـٰذا القول مشهور في **القديم** ، وترديده القولَ فيما نقله **المزني** غريب . والاستيلاد علىٰ قوله **القديم** لا أثر له ، وهو من ضروب الاستخدام ، فكأن السيد إذا أودعها ماءه ، ثم انفصل ، فبقيت علىٰ رقها كالظرف يحتوي علىٰ شيء ثم يفرغ منه . وعلىٰ هـٰذا لا تعتق مستولدة ، ولا يمتنع بيعُها . وهـٰذا قولٌ لا عمل به ، ولا فتوىٰ . وقد كان فيه اختلاف في الصدر الأول ، ثم أطبق العلماء بعدهم على المنع ، فالتحق هـٰذا بإجماع بعد خلاف . وهـٰذا مستقصىٰ في فن الأصول .

فإذا مهدنا هـٰذا الأصل الكبير ، فقد حان أن نرجع/ إلىٰ صدر الفصل ، فنقول : ش ١٦٣

إذا رهن الرجل جارية ، فظهر بها حمل ، وقال الراهن : هـٰذا الولد مني ، وقد كانت علقت به ولم أشعر ، فرهنتها : فإن صدقه المرتهن ، فلا كلام ، فيثبت النسب والولد حرٌّ ، لا ولاء عليه ، والجارية أم ولد ، والرهن باطل ، وليس على الراهن قيمةٌ توضع رهناً ؛ من قِبل أنه لم يجن[٢] علىٰ رهنٍ لازم ، بل تبيّنا أن لا رهن .

نعم لو كان هـٰذا الرهن مشروطاً في بيعٍ ، وقد تبين امتناعهم[٣] بالسبب الذي ظهر ، فيثبت الخيار للبائع ؛ من قِبل تعذر الوفاء بالشرط المذكور في العقد . وسيأتي

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١١ .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : يجر .
(٣) كذا في النسخ الثلاث . ولعلها : (امتناعه) أي الرهن .

هـٰذا في موضعه من الكتاب ، إن شاء الله عز وجل .

هـٰذا إذا صدقه المرتهن .

فإن كذبه المرتهن ، وقال : ليس الولدُ منك ، فإن كانت للراهن بينة أقامها ، أو أقامتها الجارية ، والشهادة علىٰ جريان الوطء من الراهن قبل العقد ، أو بعد الرهن قبل الإقباض . والحكم ما قلناه في المسألة الأولىٰ .

فإن قيل : يحتمل أن يثبت الوطء ، ولا يثبت العلوق . قلنا : نعم ، هو كذلك . ولـٰكن العلوق عيبٌ ، ولا شيء يدار الإقرارُ والإنكار عليه إلا الوطء ، ولهـٰذا قلنا : إن السيد إذا اعترف بوطء مملوكته وأتت بولدٍ لزمانٍ يمكن أن يكون من الوطء ، فالنسب لاحق علىٰ تفصيلٍ يأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالىٰ ، وهـٰذا يعتضد باستلحاقه النسبَ ، فصار مجموع هـٰذا مثبتاً للاستيلاد .

وإن كذبه المرتهن ، ولا بينة ، فنقول : أما نسبُ المولود ، فثبت لاستلحاق الراهن ، وتثبت حريةُ الولد . وأما الاستيلاد ، فهل يحكم به حتىٰ يبتني عليه تبين بطلان الرهن ؟ فعلىٰ **ثلاثة أوجه** : **أحدها** ـ لا يحكم به ؛ لأنه أثبت للمرتهن حقاً ، ثم ادعىٰ ما يتضمن بطلانَه ، فلا يقبل .

والوجه الثاني ـ أنه مقبول ؛ من جهة انتفاء التهمة ؛ إذ إقراره لو ثبت ، فمتضمنه زوال الرق ، وقد يقبل الإقرار في محل حق الغير ، لانتفاء التهمة ، وعليه بنينا قبول إقرار العبد بما يوجب سفك دمه ، أو بما يوجب عقوبةً عليه .

والوجه الثالث ـ أنا نفصّل بين أن تأتي بالولد لستة أشهرٍ ، فما دونها من وقت الإقباض ، وبين أن تأتي بالولد لأكثر من ستة أشهر ؛ فإن الأمر إذا كان كذلك ، اتسع مسلك الإمكان ، ولم يبعد أن يُفرض العلوقُ بعد تمام الرهن . وتحقيق الفرق أنا إذا أثبتنا العلوق حالة القبض ، فإقرار الراهن يرد علىٰ غير محل الرهن ، ولو كان موجوداً حالة القبض ، فيقع ثبوت الاستيلاد تابعاً .

وهـٰذا يلتفت إلىٰ أصل سيأتي بعد هـٰذا . وهو أن من رهن عبداً أو باعه ، ثم زعم بعد ظهور اللزوم ، أنه كان أعتقه ، أو كان باعه . وهـٰذا سيأتي في مسائل الرهن ، إن شاء الله تعالىٰ .

فإن قيل : إن قبلتم إقراره ، فلا سؤال . وإن لم تقبلوه ، فهلا خرَّجتم هـٰذا على الأقوال في أنه لو أنشأ الاستيلاد هل يثبت ؟ حتىٰ تقولوا : إن نفذنا منه الاستيلاد ابتداء ، ينفذ إقراره ، وإن لم ينفذ منه الاستيلاد ابتداء ، فلا يقبل إقراره ، تخريجاً علىٰ تنزيل الإقرار بالشيء منزلة إنشائه ؛ فإن الوكيل بالبيع لو أقر بالبيع ، نفذ إقراره كما ينفذ إنشاؤه البيع . ولو أظهر الموكِّل عزله ، ثم ادعى الوكيلُ البيعَ ، لم ينفذ قوله . وهـٰذا يطرد لنا وينعكس .

قلنا : هـٰذا جارٍ في التصرفاتِ التي يسلِّط الشرعُ على الإقدام عليها ، فيجعل الإخبارَ عن الشيء بمثابة إنشائه ، إذا كان إنشاؤه مملوكاً للمقر . والراهن علىٰ كل مذهب ممنوعٌ من الإقدام على استيلاد الجارية المرهونة . وهـٰذا مما اختلف أصحابنا فيه ، وتخريجه علىٰ أصلٍ سيأتي في كتابِ الحجر .

ي ١٦٤ وهو أن المبذر لو أقر بالطلاق ، نَفَذَ ، اعتباراً بإنشائه/ ، ولو أقر أنه أتلف مالاً ، ففي قبول إقراره خلاف ؛ فإن الإتلاف ليس ما يملكه شرعاً ، ولـٰكن يتصور وقوعه منه ، وهل يقبل إخباره فيه ؟ فعلىٰ وجهين .

كذلك قلنا : لو وقع استيلاد الراهن ، لنفذ ، فإذا اعترف به ، ففي نفوذه الخلاف الذي أشرنا إليه .

فَصْلٌ

٣٥٧١ـ كل تصرف يمتنع نفوذُه لحق المرتهن ، فإذا أذن فيه ، نفذ ؛ فإن المانع حقُّه . وإذا أذن للرّاهن في بيع المرهون ، أو في هبته ، فباع أو وهب ، نفذ . وإذا فرعنا علىٰ أن العتق لاينفذ من الراهن ، فإذا أذن فيه المرتهن ، نفذ . وسنذكر أن الراهن لا يجوز له أن يطأ الجارية المرهونة إذا كانت بصدد أن تحبل ، وفي التي لا تحبل كلام سيأتي ، إن شاء الله تعالىٰ .

وإذا أذن في الوطء ، فوطىء الراهن بالإذن وترتب عليه العلوق ، ثبت الاستيلاد ، وإن وقع التفريع علىٰ أن الاستيلاد لا ينفذ لو انفرد الراهن .

ثم الإذن المجرّد لا يرفع عقد الرهن ، حتىٰ يتصل بوقوع التصرف .

وللمرتهن أن يرجع قبل التصرف عن إذنه . وإذا أذن في الهبة والإقباض ، فوهب الراهن ، ورجع المرتهن عن الإذن ، لم يملك الراهن الإقباضَ ، ولو أذن في البيع من غير تعجيل حق ولا شرط جَعْل الثمن رهنا ، فباع الراهن علىٰ شرط الخيار ، فقال المرتهن رجعت عن الإذن ؟

الذي ذهب إليه **المحققون** أن رجوعه لا ينفعه ، وللراهن إلزام العقد ، وقطع الخيار ، كالهبة مع القبض ، وذلك لأن القبض ركنُ العقد فيه[1] . وهو ينزل منزلة القبول من الإيجاب ، وكأن الهبة عدةٌ والوفاء بها الإقباض ، والبيع مبناه على اللزوم والخيار دخيلٌ فيه ، فهو مفوّض إلىٰ من له الخيار .

ولو أذن في الوطء فوطىء ، ولم يتفق العلوق ، فحق الرهن باق ؛ فإن الوطء لا ينافي الرهن ، وإنما ينافيه العلوق ، وثبوت الاستيلاد . فلو لم يأذن إلا في وطأة ، فلم تَعْلَق ، فلا يعود الراهن إلى الوطء . ولو كان أذن في جنس الوطء ، ثم رجع عن إذنه ، تعين على الراهن أن يمتنع .

٣٥٧٢ـ ثم فرض **الشافعي** والأصحابُ صوراً في اختلاف الراهن والمرتهن في الحكم الذي نحن فيه . ونحن نرسم مسائل تستوعب الغرض .

فمنها أن يختلفا في أصل الإذن ، فيقول الراهن : أذنت في الوطء ، وأنكر المرتهن ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم الإذن .

ثم إذا كان أولدها وجرى الخلاف كما وصفناه ، وحلف المرتهن ، عاد التفريع إلىٰ وقوع الاستيلاد . والأولىٰ تفريع صور الخلاف علىٰ أن الاستيلاد لا يثبت على استبدادٍ . فإن نكل الراهن عن يمين الرد ، فأرادت الجارية أن تحلف لمكان حقها من عُلقة الحرية ، فهل لها ذلك ؟ علىٰ **وجهين** ذكرهما **العراقيون** : قالوا : والأصح أنها لا تحلف ؛ فإنها ليست بمتأصلة في الحق ، وإنما يثبت أمرها تبعاً ، والأيمان لا تعرض على الأتباع ، ولذلك لا يحلف الوكيل ، وسنذكر نظائر ذلك في كتاب

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : ففيه . (والضمير هنا يعود على البيع) .

القسامة ، ثم في كتاب الدعاوىٰ ، إن شاء الله ـ هـٰذه مسألة في الاختلاف .

المسألة الثانية ـ أن يقع الوفاق علىٰ أصل الإذن ، ويعودَ الخلاف إلىٰ جريان الوطء ، فقال الراهن : قد وطئتُ ، وأنكر المرتهن ذلك . فيقول : ما وطئتَ ، وليس الولد الذي جاءت به الجارية منك . هـٰذا أصل التصوير .

ثم ذكر الأئمة **صورتين** : **إحداهما** ـ أن يبتدىء الراهن فيقول : أذنتَ لي في الوطء ، فوطئتُ ، وأعلقتُ . ثم يقول المرتهن : أذنت لك ، وما وطئت ، فالقول قول الراهن ؛ فإن الإذن متفق عليه ، والوطء المختلف فيه/ من فعل الراهن ، فليكن الرجوع إليه في فعله . ش ١٦٤

هـٰذا هو الأصح .

ومن أصحابنا من قال : الأصل عدمُ الوطء ، وبقاء الرهن . وهـٰذا يناظر ما لو قال الرجل لامرأته : إن زنيتِ ، فأنت طالق ، فإذا زعمت أنها زنت ، فالقول قول الزوج في إنكار زناها ؛ فإن الأصل عدم وقوع الطلاق ، وعدم الزنا .

هـٰذا أصل المذهب . وليس كما لو قال : إن حضت ، فأنت طالق ، فقالت : حضتُ ، فالقول قولها ؛ إذ لا يُطلع علىٰ حيضها إلا من جهتها ، ويُطَّلع علىٰ سائر أفعالها من غير جهتها . ولا فرق بين ما يخفىٰ في العادة وبين ما يظهر ، كدخول الدّار ونحوه .

ومن أصحابنا من صدق المرأة فيما يخفىٰ وتطرد العادة بكتمانه ، كالزنا ونحوه . وهـٰذا مزيف لا أصل له . فإن قيل : لم كان ظاهر المذهب تصديقَ الراهن في الصورة التي ذكرتموها ؟ وما الفرق ؟ قلنا : إذا كان الوطء مأذوناً ، فادّعاه من أُذن له ، كان هـٰذا ادعاءَ أمر يملك إنشاءه ، وكل مأذون في شيء يدعي مع دوام الإذن إيقاعَ ما أُذن فيه ، فقوله مقبولٌ ، كالوكيل بالبيع إذا ادّعى البيعَ قبل أن يُعزل ؛ فتصديق الراهن يؤخذ من هـٰذا الأصل ، وهو غير متحقق في تعليق الطلاق بالصفات ؛ إذ ليس في التعليق تسليطٌ علىٰ أمرٍ وتوليةٌ في شيء ، والطلاق يعلق تارةً بما يدخل تحت اختيار الزوجة ، وتارة يعلّق بأمور ضرورية ، لا اختيار فيها كغروب الشمس وطلوعها . هـٰذا فيه إذا قال الراهنُ أولاً : أذنت لي ، فوطئت . وقال المرتهن بعده : ما وطئتَ .

فأما إذا قال المرتهن أولاً : أذنتُ لك في الوطء ، فما وطئتَ ، فقال الراهن بعده : أذنت لي فوطئتُ . ذكر الأئمة في هـٰذه الصورة **وجهين** ورتبوهما على الخلاف في الصورة الأولىٰ ، وجعلوا هـٰذه الصورة الأخيرة أولىٰ أن يصدَّق المرتهن فيها ، وعلّلوا بأن قول المرتهن إذا تقدَّم يتضمن عزل الراهن عن الإذن في الوطء ، فيقع قول الراهن بعد انعزاله ، وليس كالصورة الأولىٰ إذا تقدم قول الراهن . وهـٰذا ليس بشيء . وليس ما قاله المرتهن قطعاً للإذن ، ولا عزلاً ، وإنما هو خبر عن الإذن ، واعتراف به ، ثم ادعاءُ عدم الوطء ؛ فلا عزل إذاً .

وحصل من الصورتين **أوجه** : **أحدُها** ـ أن القول قول المرتهن في الصورتين ؛ فإن الأصل عدم الوطء . **والثاني** ـ أن القولَ قولُ الراهن في الصورتين كما استشهدنا به من ادعاء الوكيل البيع الذي وكل به . **والوجه الثالث** ـ أنه يفصل بين أن يتقدم قول الراهن وبين أن يتقدم قول المرتهن ، فالمصدَّق من يقدَّم قوله . وهـٰذا ما اختاره **القاضي** ، وهو ضعيف ؛ فإنه بناه على العزل ، وزعم أن قول المرتهن يتضمن عزلَ الراهن ، وهـٰذا غيرُ مفهوم .

ثم قال لو قال الوكيل بالبيع لموكله : أذنتَ لي في البيع ، فبعتُ ، وأنكر الموكِّل بيعَه ، واعترف بالإذن ، فالقول قول الوكيل . ولو قال الموكل أولاً : أذنت لك في البيع ، فلم تبع . وقال الوكيل : قد بعتُ . ذكرَ وجهين في هـٰذه الصورة أخذاً مما تخيله من أن قول الآذن في ذلك رجوع عن الإذن . وهـٰذا كلام عريٌّ عن التحصيل .

٣٥٧٣ـ ومن مسائل الاختلاف : أن يتفقا على الإذن ، وجريان الوطء ، ويقول المرتهن : هـٰذا الولد الذي أتت الجارية به ليس منك/ ، ولم تُعلقها أنت بوطئك ، وإنما زنت ، وأتت بولدٍ من غيرك ، فالقول في هـٰذه الصورة قول الراهن بلا خلاف ؛ فإن أصل الإذن متفق عليه ، وكذلك جريان الوطء ، ولا يبقىٰ بعد هـٰذا في نفوذ الاستيلاد شيء إلا استلحاق المولود ، والاستلحاق إلى الواطىء ، وهو من الأمور المفوّضةِ إليه ، فلا معنىٰ لتقدير مزاحمته .

١٦٥ ي

ثم وجدت الطرق متفقةً علىٰ أن الراهن لا يحلَّف في الصورة الأخيرة ، ويكفي استلحاقُه . وإذا جعلنا القولَ قولَ الراهن في ادعاء الوطء ، فهل يحلّف ؟

ذكر الأصحاب **وجهين** . والأظهر عندي أن يحلّف . ووجهُ قول من لا يحلّفه أن حاصل كلامه يرجع إلى استلحاق المولود ، وقد تقدم أنه لا استحلاف فيه .

ولو ادعى الوطء ، ولم يتعرض لاستلحاق النسب ، لم يثبت الاستيلاد . والوجهان في تحليف الراهن على الوطء ذكرهما **صاحب التقريب** على النسق الذي ذكرناه .

وإن رأينا تصديق المرتهن في نفي الوطء ، فلا يُثبت يمينُه ؛ فإنّ كل من أراد نفيَ فعل غيره ، لم يزد في يمينه علىٰ نفي العلم به ، وهـٰذا لو صح الرجوع إلىٰ قول المرتهن أصلٌ لا مراء فيه . وبه يضعف أصلُ هـٰذا الوجه ؛ فإن المرتهن في الغالب لا يطلع على الوطء ؛ ومهما حلف علىٰ نفي العلم بالوطء ، برَّت يمينُه ، فيؤدي هـٰذا المسلكُ إلىٰ أن لا يثبت حقٌّ وطء الراهن قط إلا أن يطأ علىٰ رؤوس الأشهاد .

وهـٰذا ينفصل عن تعليق الطلاق ؛ فإن وقوع الطلاق ليس من حقها ، وكذلك فعلُها الذي هو صفةٌ في الطلاق ، فإن كان لا يظهر وقوع الطلاق ، فليس فيه تعطيل حق ، والراهن يطأ بحق الملك ؛ فإن الوطء لا يستباح بالإذن ، ولـٰكن الإذن يرفع المانع من اليمين .

وإذا كان هـٰذا من حق الراهن ، فينبغي له أن يمهّد له سبيلٌ إلىٰ إثباته علىٰ يسر .

٣٥٧٤ـ ثم إن **المزني** ذكر المسألة الأخيرةَ ، وحكىٰ عقيبها عن **الشافعي** أنه قال : إن كان موسراً ، فعليه القيمةُ ، وإن كان معسراً ، فلا شيء عليه . ذكر هـٰذا في صورة الاعتراف بالإذن والوطء ، ثم أخذ يعترض ويقول : وجب أن لا نلزم القيمة ، لأن الوطء جرىٰ بالإذن ، فوجب بطلان حقه .

قلنا : الأمر علىٰ ما ذكرتَ ، ولـٰكن أخطأتَ ووهمت في النقل ، **والشافعي** ذكر هـٰذا في المسألة الأولىٰ من مسائل الاختلاف : وهي إذا أنكر المرتهن أصلَ الإذن وحلف . وقد تتبّع الأثباتُ نصوصَ **الشافعي** في الكتب ، فلم يجدوا ما ذكره **المزني** من الفرق بين الموسر والمعسر ، إلا علىٰ أثر إنكار المرتهن أصلَ الإذن .

فَرْعٌ : **٣٥٧٥ـ** ذكر **العراقيون** في أثناء الكلام عند ذكرهم إذْنَ المرتهن مسألة في الإذن أحببت نقلها ، وهي أنهم قالوا : لو قال السيد : اضرب عبدي ، فضربه ، وأتى

الضرب عليه . قالوا : لا ضمان على الضارب . وقالوا : الزوج مأذونٌ من جهة الشرع في ضرب زوجته ، ولو ضربها وأتى الضرب عليها ، ضمنها ، وفرقوا بأن الإذن في ضرب الزوجة مقيد بتوقي القتل وإبقائها والإبقاء عليها . والإذنُ في الضرب مطلق في المسألة التي ذكرناها لا تقييد فيه .

وكأنهم رأوا الأمر بالضرب أمراً بجنسه بالغاً ما بلغ .

وهـٰذا محتمل عندي ؛ فإن الضرب يخالف القتل ، فالأمر به أراه مُشعراً بالاقتصار عليه ، ومن قتل إنساناً لا يقال : ضربه . ولو قال : أدِّب عبدي ، فلا يجوز أن يُشكَّ في أنه لو قتله ، ضمنه ؛ فإن التأديب مصرِّحٌ بإبقاء المؤدَّب .

فَصْلٌ

قال : « ولو وطئها/ المرتهن. . . إلىٰ آخره »[1] . ١٦٥ ش

قد ذكرنا فيما تقدم وطءَ الراهن بالإذن وغيرِ الإذن . وهـٰذا الفصل مضمونه ذكرُ وطء المرتهن الجاريةَ المرهونة . ولذلك صورتان :

إحداهما ـ أن يقع الوطء من غير إذن الراهن . **والأخرىٰ** ـ أن يقع الوطء بإذنه .

فأما إذا وطىء بغير إذن الراهن ، فلا يخلو إما أن يكون عالماً بالتحريم ، وإما أن يدعي الجهلَ به ، فإن كان عالماً بالتحريم ، فهو زانٍ يلزمه الحد . فإن استكره الموطوءة ، التزم مهرَها للراهن . وإن طاوعته ، فهي زانية .

واختلف الأصحاب في وجوب المهر : منهم من قال : لا مهر ، وإليه ميلُ المحققين . ومنهم من أوجب المهر .

٣٥٧٦ـ التوجيه : من قال : يجبُ المهر ، احتج بأنَّ مُطاوعتها إباحة منها ، وإباحتها مهدرة في حق المولىٰ ، فأشبه ما لو أباحت قطع طرفها لجانٍ ؛ فإن الضّمان لا يسقط بإباحتها .

ومن قال : يسقط ، احتج بأن قال : هي بغيّ أوّلاً ، وقد « **نهىٰ رسول الله صلى الله**

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١١ .

عليه وسلم عن مهر البغي » ومنافع البضع تقوّمت بالشرع إذا استهلكت وهي محترمة ، ولا حرمة مع البغاء .

وفيه لطيفةٌ من جهة المعنىٰ ، وذلك أنها إذا طاوعت ، فهي مشاركة في العمل ، وليس الزاني منفرداً بإتلاف المنفعة ، ولا تمييز ولا تشطير . والشرع لا يتقاضىٰ إثباتَ البدل لحقٍّ حرمه ، فلا شيء .

هٰذا إذا كان عالماً بالتحريم .

فأما إذا كان جاهلاً فيما زعم ، بأن كان حديث العهد بالإسلام ، وظن أن الارتهان يبيح المرهونة ، فإذا ادعى الجهلَ ولم يبعُد ما قال ، فلا حد . وإذا انتفى الحد ، فالكلام بعده في المهر ، والنسب ، والحكم برق الولد وحريته .

الظاهر أن النسب يثبت ؛ لمكان الشبهة الدارئة للعقوبة . وإذا اندفع الحد لشبهة ، كان الوطء علىٰ حظ من الحرمة[1] ؛ فيثبت النسب .

ومن أصحابنا من قال : لا يثبت . ثم الطريقة الصحيحة تخريج رق المولود على الخلاف في النسب ، فإن حكمنا بالنسب ، فالولد حر ، وإن نفينا النسب ، فالولد رقيق .

وقال بعض أصحابنا : النسبُ يثبت وفاقاً . وفي ثبوت الحرية **وجهان** . وهٰذا القائل يزعم أن النسب أسرع إلى الثبوت .

وعكس بعض من ينتسب إلى التحقيق هٰذا ، فقطع بإثبات الحرية ، وردّد القول في النسب ، وصار إلىٰ أن الولد النسيب هو المنعقد من ماء محترم ، والحرمة غير متكاملة .

وهٰذا كله خبط .

والوجه إجراء النسب والحرية مجرىٰ واحداً . والمذهب ثبوتهما . وكان **شيخي** يعلل الوجه الآخر بضعف الشبهة ، ويقول : الحدّ يندرىء بأدنىٰ شبهة . والنسب يستدعي شبهةً لها وقعٌ .

---

(١) « الحرمة » : من « الاحترام » ، وليس من « التحريم » .

وقرّر **القاضي** في هـٰذا كلاماً ، وقال : من لا يعلم حكم الإسلام تحريم هـٰذا الوقاع فكأن لا شبهةَ ولا بصيرة . ثم قال : إذا زنىٰ مجنون بعاقلة ، فالقول في النسب يجب أن يخرّج علىٰ هـٰذين الوجهين ، فإن المجنون ليس ممن يدري ، وليس ممن يتصف بنقيض الدراية ، والشبهةُ إنما تثبت في حق من يعذر بظنٍّ وهو (بصدد)[1] الدراية ، وعليه يخرّج عندي الخلاف في عمد المجنون في القتل ؛ فإن إلحاقه برتبة المخطىء لا وجه له وإقدامُه معلوم حساً . وهـٰذا لائح في المجنون . فأما إلحاق عاقل جهل التحريم ـ ومن الممكن أن يعرفه ـ بالمجنون ، فبعيد . فأما المهر ، ففيه تردد للأصحاب ؛ من جهة ضعف الشبهة ، وأنها لم تورِث حرمةً ، والأصح ثبوت المهر/ . ١٦٦ ي

هـٰذا كله إذا وطىء المرتهن من غير إذن الراهن .

٣٥٧٧ـ فأما إذا وطىء بإذن الراهن ، فإذا كان عالماً بالتحريم ، لزمه الحد في ظاهر المذهب .

وقيل : لا حدَّ عليه لشبهة الخلاف ؛ فإن **عطاء بن أبي رباح** ، كان يجوّز إعارة الجواري ، وكان يبعث بجواريه إلىٰ ضيفانه ، فلينتهض مذهبُه شبهةً في درء الحدّ .

وهـٰذا ليس بشيء ؛ فإن الحد لا يدرأ بالمذاهب ، وإنما يدرأ بما يتمسك به أهل المذاهب من الأدلة ، ولا نرىٰ **لفظاً** في هـٰذا متمسكاً ، ولا أصل لهـٰذا الوجه .

فإن قلنا : لا حد ، فالكلام في النسب وحرية الولد علىٰ ما قدمناه في حق من وطىء من غير إذن وادّعى الجهل بالتحريم .

وإن أوجبنا الحد ، فلا نسب ، والولد رقيق .

وإن ادعى الجهل بالتحريم عند إذن الراهن ، فالدعوىٰ في هـٰذه الصورة أظهر . واتفق الأصحابُ علىٰ أنه يتعلق بها دفع الحد ، وثبوت النسب ، وحريةُ الولد . ولا تصير الجارية أم ولد ، وإذا ملكها يوماً من الدهر ، ففيها **القولان المشهوران** . وأما المهر ، فقد اختلف قولُ **الشافعي** في وجوبه ، فقال في قول : لا يجب ؛ لأن الإذن من

---

(١) كذا في النسخ الثلاث ، والمعنىٰ أن الشبهة تكون عن ظن خاطىء ممن هو بصدد الدراية ، أي من أهلها ، والله أعلم .

الحرّ المستوجب للمهر قد حصل ، وإذا سلطه ذو الحق علىٰ إتلاف حقّهِ ، فلا ضمان . وقال في قول آخر : يجب المهر ؛ فإن الإباحة لا وقع لها في الأبضاع ، وليس الوطء زنا .

قال **القاضي** : هٰذا الاختلافُ قريب من اختلاف قول **الشافعي** في أن المفوضة هل تستحق المهر ، وسيأتي ذلك مفصلاً في كتاب الصداق ، إن شاء الله تعالىٰ .

هٰذا قولنا في المهر .

فأما قيمة الولد وقد ثبتت حريته ، ففيها طريقانِ : فالذي ذهب إليه معظم الأصحاب أنها تجب ، ولا تسقط بسبب الإذن في الوطء ؛ فإن العلوق لا صنع فيه للواطىء ، فلا يكون الإذن في الوطء متعلِّقاً به .

هٰذا أحد **الطريقين** .

وقد ذكر **صاحب التقريب** طريقة أخرىٰ في تخريج قيمة الولد علىٰ قولي المهر ؛ فإن العلوق مترتب على الوطء المأذون فيه . والدليل عليه أنّ إذنَ المرتهن للراهن في الوطء يوجب تنفيذ الاستيلاد ، وسقوطَ الغرامة ، وإن كان الاستيلاد ترتب على العلوق . وليس هو من صنع الواطىء . ولٰكن التسبب إلى الشيء بمثابة مباشرته .

فَصْلٌ

قال : « ولو كان الرهن إلىٰ أجلٍ ، فأذن للراهن في بيع الرهن . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٥٧٨ـ إذا أذن المرتهن للراهن في العتق ، فأعتق بإذنه ، بطل حقُّه من الرهن ، سواء كان الحق حالاً أو مؤجلاً ؛ فإن الإعتاق إتلافٌ للمالية ، لا إلىٰ عوض ؛ فإذا أذن المرتهن به ، سقط حقه بالكلية من الوثيقة .

فأمَّا إذا أذن بالبيع ، فلا يخلو : إما أن يكون حالاً ، أو مؤجلاً .

فإن كان مؤجلاً ، ففيه مسائل : **أحدها ـ أن** يُطلق المرتهن الإذن في البيع ، ولا يقيده بشرط ، فإذا باع الراهن بالإذن ، انفك الرهن ، ولا يلزم البائعَ جعلُ الثمن

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١١ .

رهناً مكان ما باع ، خلافاً لأبي حنيفة[1] . هـٰذه مسألة .

٣٥٧٩ـ والمسألة الثانية ـ أن يأذن في البيع علىٰ شرط أن يعجل الدين من ثمنه ، فهـٰذا الشرط باطل ؛ فإنه يتضمن إثبات حق غيرِ ثابت ، وهو التعجيل . وإذا تبين فساد هـٰذا الشرط ، فالإذن يفسد بفساد الشرط ولا ينفذ بيع الراهن ، وينزل ما جرىٰ منزلة/ ما لو باع مستبداً من غير إذن ، وهـٰذا يعد من مشكلات المذهب . ١٦٦ ش

وذهب **المزني** إلىٰ أن البيع نافذ بالإذن . واحتج عليهِ بأن قال : الإذن في البيع لا فساد فيه ، وإنما الفساد في الشرط المقرون به ، فليفسد الشرط ، وليصح البيع بالإذن ، واستشهد عليه بالتوكيل بالبيع مع شرط فاسد ، مثل أن يقول : بع عبدي هـٰذا ولك عشرُ ثمنه ، فالأجرة فاسدة ؛ من جهة أن مبلغ الثمن مجهول ، والجزء من المجهول مجهول . ولـٰكن البيع من الوكيل نافذ ، والرجوع إلىٰ أجر المثل ، فليكن الأمر كذلك فيما نحن فيه ؛ حتىٰ يصح البيع ، ويفسدَ الشرط .

وهـٰذا الذي ذكره **المزني** في ظاهره معنىً كلي .

وقد قال **العراقيون** : حكي عن **أبي إسحاق المروزي** أنه ذكر قولاً مخرَّجاً موافقاً لمذهب **المزني** ، فحكم بنفوذ البيع ، وبفساد الشرط . هـٰذا حكَوْه ، ثم زيفوه . وقالوا : التعويل فيما يُنقل عن **أبي إسحاق** علىٰ ما يوجد في **شرحه**[2] . وهـٰذا غير موجود في **شرحه** ، فالوجه القطع بما نص عليه **الشافعي** .

وما ذكره **المزني** نقول فيه : الإذن في البيع في مسألتنا مُعَارض باشتراط شيء لا يستحَق ، فكأن المرتهن أَذِنَ ، وقابَل[3] الإذنَ بشرط يجرُّ به منفعةً إلىٰ نفسه ، ولم يُثبت الشرع ذلك الشرط ، ففسد ، وإذا فسد مقابلُ الشيء ، فسد ذلك الشيء . وهـٰذا يمثَّل بفساد أحد العوضين في المعاملات ؛ فإن من حكمه فسادُ مقابلِهِ . وليس كذلك التوكيل بالبيع ؛ فإنَّ أصل الإذن لا مقابِل له ، وإنما المقابلة في عمل الوكيل وما شُرط

---

(١) مختصر اختلاف العلماء : ٤/٣٠٣ مسألة : ٢٠١٧ ، البدائع : ٦/١٤٩ ، ١٥٣ .

(٢) المراد شرحه لمختصر المزني .

(٣) (ت٢) : فكان المرتهن إذا قابل للإذن .

له ، والإذن في البيع خارج عنهما ، فاستقل الإذن بالصحة ، وتقابل العمل والشرط ، فقيل لَحِقَهما الفسادُ . أما أثر الفساد في العمل ، فهو أنه لا يستحق ، وأثر الفساد في العوض لائح ، فيخرج منه نفوذ البيع بحكم الإذن المطلق ، والرجوع إلىٰ أجر المثل علىٰ قياس المعاوضات الفاسدة .

ونفس الإذن في مسألتنا مقابَل بفسادٍ ، وذلك الفساد عوض الإذن .

هـٰذا منتهى الإمكان في هـٰذا .

٣٥٨٠ـ والمسألة الثالثة ـ أن يأذن في البيع ، ويشترطَ وضعَ ثمنه رهناً مكانه . وفي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن الشرط يفسد ، ثم يفسد بفساده الإذن في البيع ، كما قدمناه في المسألة الثانية .

والقول الثاني ـ أن الشرط صحيح ، والإذن في البيع صحيح ، فإذا بيع المرهون ، لزم جعلُ ثمنه رهناً . وهـٰذا في حكم نقل الرهن من العين إلىٰ عوضه ، فإذا كان يجري هـٰذا وفاقاً ؛ فإن المرهون إذا هلك تعلق حق الوثيقة بقيمته ، وما يقع لا يمتنع شرطه .

وهـٰذا يترتب علىٰ أصل سيأتي بيانه ، إن شاء الله تعالىٰ . وهو أن من رهن ما يتسارع الفساد إليه ، فهل يصح الرهن فيه والدين مؤجل ؟ فعلىٰ **قولين** ، **أحدهما** ـ لا يصح ؛ فإن مقتضى الرهن الحبسُ إلىٰ حلول الدين ، والحبس يفسد الرهن .

والقول الثاني ـ يصح الرهن ، ويباع ويوضع ثمنه رهناً ، وسيأتي ذلك . فإن أفسدنا فيما يفسد من يومه ، فذاك لمصيرنا إلى امتناع النقل ، فلا يجوز إذاً شرط النقل .

وإن صححنا رهنَ ما يفسد ، ونزلنا علىٰ نقل[1] الوثيقة من العين إلىٰ ثمنها ، فلا يمتنع شرطه .

ي ١٦٧ وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الدين مؤجلاً (٢ وجرى الإذن ٢) من المرتهن في البيع/ قبل حلول الأجل مطلقاً أو مقيداً .

٣٥٨٠/ م ـ وأما إذا كان الحق حالاًّ ، فأذن المرتهن في البيع ، نُظر : فإن كان الإذن

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : رهن .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت٢) .

مطلقاً ، نفذ البيع ، ولزم قضاء الحق من ثمنه ؛ لأن هـٰذا مستحق بحكم الرهن ، فمطلق الإذن محمول عليه . فإنْ شَرَطَ قضاءَ الحق منه ، فقد زاد تأكيداً ، وصرح بما يقتضيه الإطلاق .

ولو أذن في البيع علىٰ شرط أن يوضع ثمنه رهناً ، ففي المسألة **قولان** والحقُّ حالٌّ ، كالقولين إذا كان مؤجلاً ، فلا يختلف الترتيب في هـٰذا الشرط في الحالّ والمؤجل ، فإنَّ نقل الرهن غيرُ مستحق في الحالتين . هـٰذا بيان المسألة .

٣٥٨١ـ ثم ذكر **الشافعي** بعد هـٰذا اختلافاً بين الراهن والمرتهن في كيفية الإذن ، والقول مفروض في الدين المؤجل ، فإذا باع الراهن الرهنَ بالإذن ، ثم اختلف الراهن والمرتهن : فقال الراهن : أذنتَ في البيع المطلق ، وقال المرتهن أذنتُ في البيع وشرطتُ أن يوضع ثمنُه رهناً ، فظاهر المذهب أن القول قول المرتهن مع يمينه ؛ فإن البائع يدعي الإذن علىٰ وجه ينقطع فيه تعلق المرتهن ، والمرتهن يأبىٰ ذلك ، والأصل استمرار تعلقه بحق الوثيقة .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً آخر في ذلك ، ووجهوه بأن أصل الإذن متفق عليه ، و[المرتهن](١) يدعي ضم شيء إلى الإذن ، والأصل عدمه . وهـٰذا ليس بشيء ، والمذهب الأول .

وهـٰذا ذكره **شيخي** وأنا أحسبه هفوة ، فلا يعتد به .

ثم أطنب **المزني** في التعلّق بمسألة الوكيل الذي شرط له الجعل الفاسد ، وقد تكلمنا عليه بما فيه مقنع مذهباً وحجاجاً .

فَرْعٌ : **٣٥٨٢ـ** إذا أذن المرتهن في البيع مطلقاً والدين مؤجل ، ثم رجع عن الإذن قبل جريان البيع ، صح رجوعه ، ونفس الإذن في البيع لا يبطل حقَّ المرتهن ، بل الأمر موقوفٌ علىٰ جريان البيع علىٰ حكم الإذن . فلو اختلف الراهن والمرتهن ، وقد جرى الإذنُ في البيع والرجوعُ ، فقال الراهن : بعتُ قبل رجوعك . وقال المرتهن : بل رجعتُ قبل بيعك ، فالذي ذهب إليه الأكثرون أن القول قول المرتهن ؛ فإنه تقابل

(١) في الأصل : المدعي .

هاهنا أصلان : **أحدهما** ـ أن الأصل عدم بيعه في الوقت الذي يدعيه ، والأصل عدم رجوع المرتهن أيضاً في ذلك الوقت ، فيتقابلان ويبقىٰ أصل الرهن علىٰ ما تقرر ابتداء .

ومن أصحابنا من قال : ينفذ البيع ؛ فإن الأصل استمرار المرتهن علىٰ حكم الإذن الذي سبق منه .

وهٰذه المسألة تلتفت على اختلاف الزوجين في الرجعة وانقضاء العدة ، وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه ، إن شاء الله عز وجل .

فصل

قال : « ولو رهنه أرضاً من أرض الخراج ، فالرهن مفسوخ ؛ لأنها غير مملوكة . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٥٨٣ـ أراد بأرض الخراج **سوادَ العراق** ، وكان غنمه المسلمون ، واستولَوْا عليه عَنْوة ، واقتسموا واشتغلوا بالحراثة وتعلقوا بأذناب البقر ، وتقاعدوا عن الجهاد ، فاستطاب **أمير المؤمنين عمرُ** ـ رضي الله عنه ـ قلوبَهم عنها ، فاستردَّ[ها][2] منهم بعوض وغير عوض ، ثم حبّسها على المسلمين ، وردَّها علىٰ **سكان العراق** ووظّف عليهم أجرة . هٰذا مذهب **الشافعي** ، وسيأتي شرحه في موضعه ، إن شاء الله عز وجل في كتاب السِّير والجزية ، والغرض من ذكره الآن/ تفصيل القول في رهن تلك الأراضي . ش ١٦٧

وزعم **ابنُ سريج** أن عمر باع تلك الأراضي من **أهل العراق** ، وما حبسها وجعل الثمن موظفاً عليهم . وهٰذا يخالف نصَّ **الشافعي** ، فإن **ابن سريج** يزعم أن **سواد العراق** على التأويل الذي ذكره مملوك ، فينفذ بيعه ورهنه . ونص **الشافعي** يصرح بأن تلك الأراضي محبَّسةٌ ممتنعٌ بيعها ورهنها .

قال **العراقيون** : **سواد العراق** من **عَبَّادان** إلىٰ **الموصل** طولاً ، ومن **القادسية** إلىٰ **حُلوان** عرضاً ، فلو فعل الإمام فينا مثلَ هٰذا ، جاز . والقول فيه يطول ، وليس هو من

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٢ .

(٢) ساقطة من النسخ الثلاث .

غرض الكتاب ، وإنما المقصود الكلامُ في أن رهن **سواد العراق** غيرُ جائز على النص ؛ فإنه محبس . وهو جائز علىٰ تخريج **ابن سريج** .

وأما بيع ما فيهِ من أبنية ، فكل بناء كان من برّية العراق ، فهو أيضاً غير مملوك ، وما لم يكن من برّيته ، فمملوك ، والغراس لا شك أنه مستحدث ، فإذا كان مملوكاً ، فالرهن فيه جائز ، وكذلك البيع .

ولو جمع بين رهن أرضٍ من **السواد** وغراس فيه مملوك ، فهـٰذا من باب تفريق الصفقة .

ثم مما وقع التعرض له في هـٰذا الفصل أن بيع الأرض هل يستتبع الغراس ؟ وهـٰذا قد استقصيناه في كتاب البيع علىٰ أبلغ وجه ، فلا معنىٰ لإعادته ، وشرط هـٰذا الكتاب أن نضم فيه أطرافَ الكلام في المثنيات والمكررات .

٣٥٨٤ـ ثم قال الشافعي : « لو أدىٰ عنه الخراج ، فهو متطوِّع . . . إلىٰ آخره »[1] .

فالمراد أن من رهن بناء مملوكاً أو غراساً ، فالخراج على الراهن ، فلو أدى المرتهن الخراج نُظر : فإن أداه من غير إذن من عليه الخراج ، فهو متطوع لا يجد إلىٰ ما أداه مرجعاً . ولو أداه بإذن من عليه بشرط الرجوع ، رجع ، ولو أدّاه بإذنٍ ، وما كان الإذن متقيداً بشرط الرجوع ، ففي المسألة **وجهان مشهوران** .

ولا اختصاص لهـٰذا بما نحن فيه . وكل من أدىٰ ديناً علىٰ إنسان ، فتفصيله في الرجوع علىٰ ما ذكرناه .

ونصُّ **الشافعي** يميل إلى الرجوع إذا كان الإذن مطلقاً . قال **الشافعي** : لو فادىٰ أسيراً دون إذنه ، لم يرجع عليه ، وإن فاداه بإذنه ، رجع عليه ، ولم يعتبر شرطَ الرجوع . ونصَّ أيضاً علىٰ أن من اكترىٰ داراً وقبضها وأكراها ، فأدى المكتري الثاني الكراءَ عن الأول إلى المُكري بإذنه ، رجع . وإن لم يكن بإذنه ، لم يرجع ، ولم يعتبر شرط الرجوع .

والمسائل كلها على الخلاف بين الأصحابِ .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٢ .

فصل

قال : « ولو اشترىٰ عبداً بالخيار ثلاثاً ، فرهنه قبلها ، فالرهن جائز ، وهو قطع لخياره . . . إلى آخره »[١] .

٣٥٨٥ـ إذا شرط الخيار لنفسه دون البائع ، فالمذهب أن الملك للمشتري ، وخرّج فيه قولان آخران ، تقدم ذكرهما في أول البيع . **والشافعي** فرّع علىٰ أن الملك للمشتري ، وقال : « لو رهنه في زمان الخيار ، صح الرهن ، وانقطع الخيار ، ولزم البيع » .

وهـٰذا مما ذكرناه في كتاب البيع علىٰ أبلغ وجه في البيان ، وأحسن مساق في التفصيل، والرهن في زمان الخيار بمثابة البيع . وحاصل المذهب **ثلاثةُ أوجه** : **أحدها** ـ أن الرهن فاسد والعقد علىٰ جوازه .

والثاني ـ أن الرهن فاسد ، والخيار/ ينقطع . **والثالث** ـ وهو ظاهر النص ـ أن الرهن يصح ، وينقطع الخيار به . ي ١٦٨

وذكر **العراقيون** ، **وصاحب التقريب** في الوصية اختلافاً يناظر هـٰذا ، فإذا أوصىٰ رجل بعبد لرجلٍ ، ومات الموصي ، فرهن الموصىٰ له العبدَ الموصَىٰ به بعد موت الموصي ، وقبل القبول ، ففي المسألة **أوجه** : **أحدها** ـ يصح الرهن ، ويكون قبولاً للوصية . **والثاني** ـ لا يصح الرهن ، ولا القبول . **والثالث** ـ يفسد الرهن ، ولـٰكن يقع قبولاً للوصية .

فصل

٣٥٨٦ـ ويجوز رهن العبد المرتد ، وهـٰذا معنىٰ مستقصىً في البيع ، ثم ذكرنا المذهبَ في بيع العبد المرتد ، وبيع العبد المحارب المستوجب للقتل ؛ بسبب القتل والمحاربة ، وأوضحنا أن من اشترىٰ عبداً مرتداً ، وقبضه ، وقتل في يده بالردة ، فهو من ضمان البائع أو من ضمان المشتري ؟ ولا وجه لإعادة ما سبق .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٢ .

والقدرُ المتعلق بكتاب الرهن أن من ارتهن عبداً مرتداً ، وصححنا الرهن ، فقبضه ، ثم قتل في يده بالردة ، نظر : فإن لم يكن الرهنُ مشروطاً في بيعٍ ، فلا أثر لما جرىٰ ، وقد ارتفع الرهن بفوات المرهون . وإن كان الرهن مشروطاً في بيع ، فإذا قتل العبد في يد المرتهن ، ففيه الخلاف المقدم ذكرُه في البيع : ففي وجهٍ يُجعل كما لو قتل في يد الراهن ، ولو قتل في يده ، لما كان وافياً بالرهن المشروط ، ثم حُكمه أن يتخير البائع في فسخ البيع ؛ فإن من شرط رهناً ، فلم يتفق الوفاء به ، ثبت له الخيار . وسيأتي بيان هـٰذا الأصل .

وإن قلنا : المرتد في يد المرتهن محسوبٌ عليه ، فقد توفر عليه المشروط ، فلا يثبت له حق فسخ البيع .

٣٥٨٧ـ ويتصل بهـٰذا الفصل أن الرهن إذا كان مشروطاً ، ثم اتفق ضياعه في يد المرتهن ، ثم اطلع المرتهن علىٰ عيب بعد فوات الرهن ، فهـٰذا من غوامض الأحْكام في الرهن . وهو بين أيدينا . ولـٰكن نُنْجز منه شيئاً .

فنقول : إن اطلع علىٰ عيبٍ وأمكن الرد ورَدَّ ، ففائدة ذلك أن يتخيّر في فسخ البيع .

وإن عسر الرد بالتلف ، وقد فرض الاطلاع من بعدُ ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه قد فات الأمر ؛ فإن الرد غير ممكن ، والأرش لا وجه له ؛ فإن الأرش استردادُ جزءٍ من الثمن .

والوجه الثاني ـ أنه يثبت للمرتهن حق فسخ البيع ؛ لأن النقصان الذي اطلع عليه في حكم جزء لم يصل المرتهن إليه ، ولم يتحقق الوفاء بالشرط فيه ، فهو كما لو شرط رهن أشياءَ ، فاتفق الوفاء برهن بعضها دون بعضٍ ، فالخيار ثابت .

ونص **الشافعي** يميل إلىٰ هـٰذا .

فإذا ارتهن مرتداً ، فقتل في يده ، وفرعنا أنه محسوب عليه ، فلو اطلع على الردة من بعدُ ، فهـٰذا ما ذكرناه من الاطلاع على العيب بعد فوات الرد .

فصل

قال : « ولو أسلفه ألفاً برهنٍ . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٥٨٨ـ إذا رهن من عليه ألفٌ عبداً بالألف ، ثم أراد أن يرهن بذلك الألف عبداً آخر أو ما بدا له ، فليفعل ، ولا منع من هـٰذا ؛ والسببُ فيه أن الرهن هو المشغول بالدين ، والدين غيرُ مشغولٍ بالرّهن ؛ فإنه ليس عوضه ، ولا موثقاً به ، فالزيادة في الرهن لا منع منها .

فأما إذا أراد أن يزيد في الدين ، ويرهن ذلك المرهون بدين آخر ، ضما إلى الدين الأول ، فإن فسخا الرهن الأول وأعاداه بالدينين ، فلا شك في جوازه .

ولو قررا الرهن الأول ، وأرادا ضم دين آخر إليه ، ففي جواز ذلك **قولان** : **أحدهما** ـ يجوز ، وهو **القديم** ، واختيار **المزني**/ . ش ١٦٨

والثاني ـ لا يجوز . وهو **الجديد** . ومذهب **أبي حنيفة**[٢] .

٣٥٨٩ـ توجيه القولين : من منع ذلك ، احتج بأن قال : إذا أُقر الرهنُ الأولُ ، وزيد في الدين بذلك الرهن ، فهـٰذا رهنُ مرهونٍ ، ورهنُ المرهون لا يجوز ، كما لو فرض رهنه من آخر .

ومن قال : إنه جائز ، فلا وجه لقوله إلا اعتبارُ[٣] الدين بالرهن . وقد قدمنا أن الزيادة في الرهن جائزة ؛ فإذا لم يمتنع هـٰذا في أحد الجانبين وحكمُ العقود التساوي ، لم يمتنع في الجانب الآخر . ولمَّا منعنا الزيادةَ في الثمن بعد لزوم العقد ، منعناها في المثمن .

ومن بدائع الأمور اختيار **المزني** جوازَ هـٰذا الإلحاق ، مع ميله إلى القياس في اختياراته ، وأبدعُ من هـٰذا منعُ **أبي حنيفة** لهـٰذا الإلحاق ، مع مصيره إلىٰ أن الزيادة

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٢ .

(٢) ر . مختصر اختلاف العلماء : ٣/ ٢٩٤ مسألة : ٢٠١٠ .

(٣) أي قياس الدين على الرهن ، فكما جاز الزيادة في الرهن تجوز في الدين .

تلحق الثمن والمثمن ، بعد لزوم العقد .

٣٥٩٠ـ ومما يتعلق بالمسألة أن العبد المرهون لو جنىٰ جنايةً ، وتعلق الأرش برقبته ، وسنذكر أنه يباع في الأرش ، ولا يبالَىٰ بحق المرتهن إذا لم يَفْدِه الراهن ، فلو قال المرتهن : أنا أفديه ، ويكون ما أفديه به ديناً على السيد ، ويصير[1] العبد مرهوناً بما أُقرضُ الراهنَ في فدائه ، ففي جواز ذلك قولان مرتبان على القولين في الأصل . وهـٰذه الصورة أولىٰ بالجواز ، من قِبل أن هـٰذا الفداء من مصلحة الرهن ، وهو سبب استبقائه ، فكان ما قدرناه فيه أقربَ إلى الجواز .

وقرب الأئمة هـٰذا من أصلٍ رمزنا إليه في كتاب البيع ، وهو أن المشرف من الحقوق على الزوال إذا استدركت يُجعل استدراكها بمثابة زوالها وإعادتها أم يحمل الاستدراك علىٰ موجب الاستدامة فيها ؟ فعلىٰ **قولين** ، مأخوذين من معاني كلام **الشافعي** . وعليه بنينا استثناء الثمار عن مطلق بيع الأشجار قبل بدوِّ الصلاح ، حيث قلنا : إنها إن كانت كالزائلة العائدة ، فلا بد من شرط القطع في استثنائها ، وإن بنينا الأمر فيها على الاستدامة ، وهو الصحيح ، فلا معنىٰ لشرط القطع .

فإذا جنى العبد المرهون ، فقد أشرف الرهن على الزوال ، بتقدير أنه يباع في أرش الجناية ، فإذا فدى المرتهن بالإذن على الشرط الذي ذكرناه ، فهل يجعل هـٰذا كما لو انفك الرّهن ثم أعيد ؟ ولو كان كذلك ، لصحّ فيه الخلاف الذي ذكرناه .

فَصْلٌ

قال : « ولو أشهد المرتهن أن هـٰذا الرهن في يده بألفين . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٥٩١ـ صورة المسألة إذا أقر الراهن أن العبد الذي في يد المرتهن مرهون عنده بألفين ، ثم ادّعىٰ بعد ذلك أنه رهنه أولاً بألفٍ ، ثم ألحق به ألفاً آخر علىٰ ما ذكرناه في صورة القولين . فإن قلنا : الزيادة في الدين جائزة ، فلا معنىٰ لدعواه . وإن قلنا :

---

(١) في الأصل : ولا يصير .

(٢) ر . المختصر : ٢/٢١٢ .

لا يجوز ذلك ، فلو صدّقه المرتهن ، فذاك ، وإن كذّبه ، فالقول قول المرتهن . وللراهن أن يحلّفه ؛ فإن ما يدعيه محتمل .

وقد مهدنا فيما سبق أن جواز التحليف يعتمد الإمكان ، وإنما جعلنا القول قول المرتهن ؛ لظهور الإقرار في ثبوت الرهن بألفين ، وظهور الإقرار ، واحتمال ما قال الراهن يبيح الرجوعَ إلىٰ قول المرتهن مع يمينه .

ولو ادعى الراهن ما وصفناه ، فقال المرتهن : فسخنا الرهن الأول بالألف ، وأعدناه بالألفين ، وأنكر الراهن الفسخ وادعى الإلحاق من غير فسخ وإعادة ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن القول قولُ/ المرتهن ؛ فإنه معتضد بالإقرار المطلقِ الصادر من الراهن ؛ إذ قال أولاً : العبد مرهون بالألفين . ي ١٦٩

والثاني ـ أن القول قول الراهن ؛ فإن المرتهن ادعىٰ فسخاً وإعادة ، والأصل عدم ما ادعاه . وكل من ادعىٰ عقداً جديداً ، فهو في مقام المدعين .

٣٥٩٢ ـ ومما يتصل بهٰذا الفصل أنا إذا منعنا إلحاق الزيادة بالدين مع اتحاد الرهن ، فلو قال الراهن لشاهدين : كان هٰذا العبد رهناً بألفٍ ، فجعلته رهناً بألفين ، فشهد الشاهدان علىٰ لفظه ، ونقلاه إلىٰ مجلس القاضي ، وكان القاضي يعتقد أن الزيادة لا تلحق ، فمعلوم أن اللفظة التي نقلها الشاهدان محتملةٌ لفسخٍ وتجديدٍ ، ومحتملة للإلحاق ، ففي المسألة **وجهان** ذكرهما **صاحبُ التقريب** : **أحدهما** ـ لا يحكم الحاكم بكونه رهناً بالألف الثاني ، حتىٰ يتبين له تفصيل الحال . **والثاني** ـ أنه يلزمه الحكم بكونه رهناً ؛ فإنه يجب على الحاكم حمل ما ينقله الشهود على الصحة . والدليل عليه أنهم لو شهدوا علىٰ بيع مطلق ، حمل على الصّحة في ظاهر المذهب . مع اختلاف العلماء في الصحيح والفاسد من البيوع .

وهٰذا الذي ذكرناه فيه إذا لم يطلع الشاهدان علىٰ سر الحال ، ولٰكن سمعا من الراهن لفظه المطلق : « إنِّي جعلت هٰذا رهناً بألفين » .

فأمَّا إذا علم الشاهدان أنهما ما جددا عقداً بعد فسخٍ ، وإنما ألحقا ، وكان الشاهدان يعتقدان أن ذلك لا يجوز ، والزيادة لا تلحق ، فلو أرادا أن يشهدا مطلقاً

وينقلا لفظ الراهن « إني جعلت هـٰذا رهناً بألفين » فهل لهما أن يشهدا مطلقاً ؟ قال **صاحبُ التقريب** : هـٰذا ينبني علىٰ أن القاضي هل يقبل ذلك ؟ فإن قلنا : لا يقبله ، فلا نظر إلىٰ إطلاقهما . ثم إذا استفصل القاضي ، فصَّلا ما عندهما . وإن قلنا : القاضي يقضي بالمطلق من شهادتهما من غير بحث ، فعلىٰ هـٰذا هل يجوز لهما إطلاق الشهادة مع العلم بسر الحال ؟ فعلىٰ **وجهين** ذكرهما **صاحبُ التقريب** . قال : والأصح أنه لا يجوز الإطلاق .

والأمر علىٰ ما قال . وليس للوجه الثاني وجه .

فَصْلٌ

قال : « ولو رهن عبداً قد صارت في عنقه جناية . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٥٩٣ـ قد تقدم في كتاب البيع اختلافُ القول في بيع العبد الجاني إذا تعلق برقبته أرشُ جنايته ، فلو رهن المالك العبدَ الجاني وفي عنقه الأرش ، فلأصحابنا **طريقان** : منهم من أجرى القولين في صحّة الرهن والقبض ، كما تقدم في البيع .

ومنهم من قطع بأن الرهن مردود قولاً واحداً بخلاف البيع ، واعتلَّ بأن المرهون لو جنىٰ جناية مالية ، وتعلق أرشها برقبته ، وامتنع السيد من فدائه ، عُرض على البيع ، وبيع في أرش الجناية . وإذا كان طريان الأرش يتضمن قطعَ حق المرتهن وتقدّمَ حق الأرش علىٰ حقه ، فينبغي أن يُمْنَع إيراد الرهن على العبد الذي في رقبته أرش . وإذا امتنع رهنُ المرهون ، فالوجه امتناع رهن الجاني ؛ فإن تعلق الأرش بالرقبة يوثق بها ، والمتعلَّق الأظهر في الحال [لأرش][2] الرقبة ، والدين الذي به رهنٌ يتعلق أصله بالذمة ، والتوثق في حكم تأكيد الأصل ، فإذا امتنع رهن المرهون ، وجب أن يمتنع/ رهن الجاني الذي في رقبته مالٌ . ١٦٩ ش

ولو جنى العبد جناية توجب القصاص ، ففي بيعه تصرفٌ للأصحاب ، وخرّجوه

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٢ .
(٢) في الأصل : للأرش .

علىٰ أن موجب العمد ماذا ؟ وقد مضىٰ هـٰذا مفصلاً في البيع . فإذا جوزنا البيع جواباً علىٰ أن موجب العمد القودُ المحض . (١ وجوّزنا الرهن في هـٰذه الصورة علىٰ هـٰذا القول ١) ، والجريان علىٰ أن تعلقَ الأرش يمنع الرهن ، فلو فرض بعد انبرام الرهن بالقبضِ عفوُ المجني عليه ، علىٰ مالٍ ، أو من غير مالٍ ، ورأينا العفو المطلق مقتضياً للمال ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : ثبوتُ المالِ طارئاً في الصورة التي انتهينا إليها بمثابة جنايةٍ تطرأ على الرّهن من العبد المرهون ، ولو كان كذلك ، لم نحكم ببطلان الرهن ، ولـٰكن يثبت حق بيعه في الجناية ، فإن اتفق ذلك ، انقطع الرهن . وإن لم يتفق بسببٍ ، فالرهن باقٍ . كذلك إذا عفا المجني عليه عفواً يوجب المال .

ومن أصحابنا من قال ـ وهو اختيار **شيخي** ـ نتبين أنّ الرهن في أصله غيرُ منعقد . ولا شك أن التفريع علىٰ منع رهن الجاني جناية مالية . ووجهُ الوجه الذي ذكرناه أن الرهن جرىٰ مقترناً بسبب هو الذي أفضىٰ إلىٰ ثبوت المال في المآل ، فتبين آخراً أن السبب المقترن كان مانعاً . ومن الأصول تنزيل الأسباب إذا أفضت إلىٰ مسبباتها منزلة تحقق المسببات . وليس كالجناية الطارئة التي لا استناد لها إلىٰ سبب متقدّم .

التفريع : **٣٥٩٤ـ** إن جرينا على الوجه الأول ، وهو تنزيل ثبوت المالِ طارئاً منزلة طريان الجنايةِ ، فلا كلام . وإن أسندنا[٢] تبيّن فساد الرهن ، فلو كان العبد احتفر بئراً في محل عدوان ، فرُهن وأُقبض ، وتردّىٰ في البئر متردٍّ ، فأرشه يتعلق برقبة العبد المرهون المتسبب بالحفر . ثم كيف السَّبيل فيه علىٰ هـٰذا الوجه الذي ذكرناه في العفو عن جناية الرهن عمداً ؟ **وجهان** في هـٰذه الصورة : **أحدها** ـ أنا نتبين أن الرهن كان فاسداً ، كما تبينا الفساد في العفو الطارىء . **والوجه الثاني** ـ أن هـٰذا ليس بالعفو ؛ فإن الجناية واقعة في تلك الصورة والعبد منعوت بكونه جانياً . وليس كذلك حفر البئر ؛ فإنه ليس جناية واقعة . والفرق لائح .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من : (ص) ، (ت٢) .

(٢) كذا . ولعلها من الإسناد (مصطلح أصولي سبق بيانه) والمعنىٰ هنا : وإن قلنا يتبين فساد الرهن . . . إلخ .

فهٰذا منتهىٰ قولنا في ذلك .

٣٥٩٥ـ ثم إن صححنا رهنه العبد الجاني جناية مالية ، فنجعل السيد مختاراً للفداء ، كما إذا باعه ، وفرعنا علىٰ نفوذ بيعه ، حتىٰ قال الأئمة : هل يلزمه الفداء أم ننقض عليه بيعَه إذا امتنع ؟ فعلىٰ وجهين لا يخفىٰ توجيههما . وعلىٰ حالٍ[1] لا يبطل حق المجني عليه .

٣٥٩٦ـ ولو باع العبدَ الجاني ، وكان معسراً ليس له وفاء بالفداء ، فالمذهب الأصح الحكم بفساد البيع ، وتخصيص القولين بما إذا كان السيد متمكناً من الفداء .

ومن أصحابنا من نفذ البيع من المعسر لحق ملكه ، وأثبت للمجني عليه الخيارَ .

وما ذكرناه في البيع من ذلك كله جارٍ في الرهن . فإذا رهن وأقبض ، كان كما لو باع ، ومهما[2] اختلف الأصحاب في/ فساد البيع ، فالرهن أحق بالفساد لما ذكرناه في أصل الفصلِ من اختلاف طريق الأصحاب في تصحيح رهن العبد الجاني . ١٧٠ ي

وإذا جرى التفريع على الفساد ، فلا فرق بين أن يكون أرشُ الجاني مستغرقاً لقيمته ، وبين أن يكون أقلَّ منها ؛ فإن المانع إذا منع التعلق ، فهٰذا المعنىٰ متحقق في القليل والكثير ، وهو بمثابة الحكم بفساد بيع المرهون دون إذن المرتهن . ولا فرق بين أن يكون الدين في مقداره مثلَ القيمة ، وبين أن يكون أقل منها .

فصل

قال : « ولو ارتهنه [فقبضه][3] ثم أقر الراهن أنه جنىٰ . . . إلىٰ آخره »[4] .

٣٥٩٧ـ إذا رهن مالك العبد العبدَ ، وأقبض ، ثم أقر بأنه كان جانياً ، والأرش في رقبته ، لمّا رهنه ، وأنكر المرتهن ذلك ، ورام استمرار الرهن له ، نُظر : فإن لم يذكر

---

(١) المراد : علىٰ أي حال .

(٢) « مهما » بمعنىٰ : (إذا) .

(٣) زيادة من نص المختصر .

(٤) ر . المختصر : ٢/٢١٢ .

الراهن المجنيَّ عليه ، بل أرسل الإقرار بالجناية ، وتعلّقِ الأرش ، فقوله مردود ؛ فإنه رام إبطال حقٍّ التزمه بقوله ، ولم يسنده إلىٰ مستحِق ، فلم يبطل الحق الذي ظهر التزامُه بقول مبهم بلا ثبت ، وسيتضح هـٰذا في أثناء الكلام ، إن شاء الله .

وإن أسند الراهن إقراره إلىٰ مجنيٍّ عليه في نفسه ، أو ماله ، فإن كذبه المقَرُّ له ، بطل إقراره ، واستمر حق [المرتهن][1] . وإن صدقه المقَرّ له ، فهـٰذا موضع اختلاف النصوص واضطراب الأقوال .

٣٥٩٨ـ وحاصل ما نقل في المذهب في تأسيس الفصل **ثلاثة أقوال** : **أحدها** ـ أن إقرارَ الراهن مردود لمنافاته موجَبَ رهنه وإقباضِه . وأصل الشرع أن يؤاخذ الرجل بسابق قوله وفعله ، فيما يتعلق بثبوت الحقوق وبطلانها . ولو نفذنا إقراره ، لأبطلنا مقتضىٰ تصرفه وإقباضه ، وهـٰذا القول أَقْيس الأقوال .

والقول الثاني ـ أن إقراره مقبول ؛ من جهة أن ملكه مستمر في المرهون ، والتهمة منتفية ؛ من قبل أَنَّ العاقل لا يتسبب إلى التزام مَغرم في ملكه ، لإبطال حق وثيقة لغيره . وبيان ذلك أن المعترَف به أصلُ الغرم ، وحق المرتهن توثُّقٌ وتعلُّق ، فيبعد أن يلتزم أصلَ الغرم لقطع تعلُّقٍ . وهـٰذا يناظر قبولَ إقرار العبد فيما يوجب عليه عقوبة .

والقول الثالث ـ أن المقر إن كان موسراً ، نفذ إقراره ، ويلزم أن يغرم للمرتهن قيمةَ المرهون ، ليوضع رهناً ؛ فإنه بقوله تسبب إلىٰ بطلان حق المرتهن . وإن كان معسراً ، لم يقبل إقراره ؛ فإن في قبوله إبطالُ حق المرتهن ، لا إلىٰ بدلٍ .

واختلاف الأقوال في قبول الإقرار وردِّه قريب المأخذ من اختلاف الأقوال في تنفيذ عتق الراهن وردِّه . وقد ذكرنا فيه **ثلاثة أقوالٍ** : **أحدها** ـ الفرق بين الموسر والمعسر . والعتقُ علىٰ رأي من نفذه يعتمد الملكَ . والإقرارُ عند من ينفِّذه يعتمد الملكَ أيضاً ، وانتفاءَ التهمة .

ولهـٰذا التفات على اختلاف القول في أن العبد إذا أقر بسرقة مالٍ ، نفذ الإقرار في

---

(١) في الأصل : المقرّ له .

وجوب القطع . وهل ينفذ في ثبوت المال ؟ فيه تردد أشرنا إليه . وسيأتي تقريره في كتاب السرقة ، إن شاء الله تعالىٰ .

وعبر الأئمة عن هـٰذه الأصول بأن قالوا : الإقرار ممن هو صحيح العبارة إذا انتفت التهمة عنه بالكلية ، وتعلق بما للمقِر فيه حق ، فهو مقبول ، وإن تضمن بطلانَ حق الغير ، كما ذكرناه في ثبوت العقوبة بإقرار العبد .

وإذا اقترن بالإقرار شيء يتعلق الإقرار المقبول به ، فهل يقبل الإقرار في قرينة العقوبة ؟ فيه اختلاف قولٍ . وأصل الإقرار مقبول من السيد/ لا خلاف فيه ، ولو انفك الرهن ، كان مؤاخذاً به ؛ فإن الأصل لا تهمة فيه ، وهو مصادِف محلَّ حقه ، وبطلان حق المرتهن قرينة مقترنة بإقرارٍ مقبول الأصل ، وفي نفوذ الإقرار في القرينة التردد الذي ذكرناه . ١٧٠ ش

٣٥٩٩ـ ولو أقرّ الراهن بأنه كان أعتق العبد قبل أن يرهنه ، ففي إقراره الأقوال الثلاثة . وكذلك لو أقر بأنه كان مغصوباً عنده ، وأنه رهنه متعدياً وكان غاصباً .

ولو باع عبداً وألزم العقد ، ثم جرىٰ بعد لزوم العقد إقرارٌ من البائع ، لو قدر نفوذه ، لبطل البيع ، ولا تهمة على المقِر في ظاهر الأمر ، فقد قطع الأصحاب برد هـٰذا الإقرار في حق المشتري ، وتقرِير البيع ؛ والسبب فيه أن إقراره جرىٰ وليس للمقِر ملك في ظاهر الحال ، وإقرار الإنسان في ملك غيره مردود ، وليس كإقرار الراهن ؛ فإنه صادف محلَّ ملكه .

وقد ذكر بعض الأصحاب طردَ الأقوال في إقرار البائع فيما يتضمن بطلانَ البيع ، ورمز إليه **شيخي** في بعض أجوبته ، ثم رجع . وهـٰذا فيما أراه هفوةٌ لا يعتد بها .

وقد يعترض للناظر أن الراهن إذا أقر بكونه غاصباً ، فليس إقراره في محل ملكه علىٰ زعمه . وفيه الأقوال .

وقد يقول هـٰذا القائل : إقرار البائع له تعلق ببيعه الذي تعاطاه ، وعهدته متعلقة به ، وليس كإقرارٍ مرسلٍ من أجنبي في ملك الغير . ولا اغترار بهـٰذا ، ولا وجه إلا القطعُ برد إقرار البائع بعد لزوم العقد ، وتخصيص الاختلاف بالرهن .

نعم . في معناه الإجارة : فلو أجر عبده ، ثم اعترف بأنه كان جانياً ، والتفريع علىٰ منع إجارة الجاني قبل الفداء ، فالأقوال تخرج خروجها في المرهون ؛ لأن الإقرار صدر عن مالك الرقبة ، فانتظم الترتيب كما ذكرناه .

٣٦٠٠ـ ومما يتعلق بتمهيد أصل الأقوال في إقرار الراهن أنه لو أقر بتعلق أرش يقصر مقدارُه عن قيمة العبد ومبلغِ الدين ، فالتهمة في ذلك المقدار تنتفي ، والأقوال الثلاثة تخرج . ولو قبلنا . الإقرارَ ، لأبطلنا الرهن في الزائد ، والتهمةُ متمكنة فيه . ولأصحابنا في ذلك الزائد **طريقان** : منهم من قطع برد الإقرار فيه لتمكن التهمة . ومنهم من أجرى الأقوالَ الثلاثة في الجميع طرداً للباب .

وهـٰذا ضعيف . وسيخرجُ عليه في أثناء الكلام تفريعٌ ، وعنده يبينُ حاصل القول في أصل الفصل الزائد .

وقد انتهى الغرض في تأصيل الأقوال . وحان التفريع عليها .

٣٦٠١ـ فإن قلنا : لا نقبل إقرار الراهن ، فلابد من فرض دعوىٰ من المقَر له ، وبذلك ينتظم الكلام ، والتفريع ، فإذا أصر المقَرّ له على الدعوىٰ ، ورَدَدْنا على القول الذي نفرع عليه إقرارَ الراهن ، راجعنا المرتهنَ ، فإن صدق الراهن ، فيباع العبد في أرش الجناية أو يفدىٰ ؛ فإنا رددنا إقرارَ الراهن استبقاءً لحق المرتهن ، فلا يبقىٰ مع تصديقه إلا تنفيذ حكم الجناية . ثم إذا بيع العبد في الأرش ، وكان المرتهن شرط في البيع رهناً ، فيثبت له في هـٰذه الصورة فسخُ البيع إذا لم يتحقق الوفاء بمشروطه . هـٰذا إذا وافق المرتهن .

ي ١٧١ فأمّا إذا أنكر وقد/ رددنا قول الراهن ، فلا بد من تحليف المرتهن إذا طلب المدعي ذلك ، ثم لا يخلو إما أن يحلف أو ينكُل[1] ، فإن حلف ، استقر حقه في الرهن ، وبقي الكلام بعد ذلك في أن المقَر له هل يغرَم له الراهن المقِر ، بسبب أنه بالرهن والإقباض حال بين المجني عليه وبين حقه من رقبة الجاني . ثم باعترافه أقر بصنيعه .

في المسألة قولان سيأتي أصلهما في المغصوب .

---

(١) نكل : من باب قعد .

والذي ننجزه الآن بناؤهما علىٰ ما لو قال صاحب اليد في الدار غصبت هـٰذه الدار من زيد ، لا بل من عمرو ، فالدار مسلَّمةٌ إلى المقَرّ له أولاً . والإقرار الثاني في حكم الرجوع عن الإقرار الأول ، فتسلّم الدار إلى الأول . وهل يغرم المقِر للثاني قيمةَ الدار بسبب إيقاعه الحيلولةَ بينه وبين الدار بالإقرار الأول ؟ في المسألة **قولان** .

٣٦٠٢ـ ثم نعود إلىٰ ما ذكرناه في مسألتنا ، فإن قلنا : لا يغرَم الراهن للمقَر له شيئاً ، فلا كلام . وإن قلنا : إنه يغرَم ، ففي القدر الذي يغرَم له **طريقان** : من أصحابنا من قال : فيه **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يغرَم أقلَّ الأمرين من الأرش والقيمة . **والثاني** ـ أنه يغرَم الأرش بالغاً ما بلغ ، وإن زاد على القيمة . وهـٰذا بعينه اختلاف القول في أن السيد إذا أراد أن يفدي عبده الجاني ، فبكم يفتديه ؟ وسيأتي تفصيل ذلك في آخر الديات إن شاء الله تعالىٰ .

هـٰذه طريقة .

ومن أصحابنا من قطع القولَ بأن الراهن لا يغرَم للمقر له إلا أقل الأمرين ، كما لا يغرم سيدُ المستولدة في فدائها إلا الأقلَّ ، والجامع أَنَّ فداء المستولدة ضروري ، لا تعلق له بالاختيار ، فكان بمثابة مَا لو جنى العبدُ وتعلق الأرش برقبته ، فقتله مولاه ، وكان الأرش زائداً على القيمة ؛ فلا يغرَم المولىٰ إلا القيمةَ ؛ فإن إتلافه لا ينبغي أن يزيد غرمه علىٰ غرم إتلاف الأجنبي .

وإذا وضح هـٰذا ، فالغرم على الراهن بعد تقدم الرهن ، مع الحكم برد إقراره غرمٌ ضروري ، فاتجه القطع باعتبار الأقل .

هـٰذا كله إذا حلَّفنا المرتهن ، فحلف .

ثم لا يخفىٰ أنه يحلف علىٰ عدم العلم بجناية العبد . وكل يمين يتعلق بنفي فعلِ الغير ، فهي علىٰ نفي العلم .

٣٦٠٣ـ فأما إذا نكل المرتهن ، فاليمين علىٰ من ترد ؟ علىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ أنها تُردّ على المجني عليه المقَر له ؛ فإن الحق له ، ولولا حقه ، لقرّ الرهنُ ، وانقطع الخصام ، فليقع الرد عليه . **والقول الثاني** ـ أن اليمين ترد على الراهن المقِر ؛ فإنه

المالك ، وكأنه ينفي حقَّ المرتهن من الرهن ، فارتبطت الخصومة به من هـٰذا الوجه .

التفريع على القولين :

٣٦٠٤ـ فإن رددنا اليمين على المجني عليه ، نظر : فإن حلف ، ثبت دعواه وانتُزع العبد من يد المرتهن ، وبيع في حقه ، وليس للمرتهن أن يفسخ البيع الذي شُرط الرهنُ فيه ؛ لأن الراهن يقول : أنت أبطلت حقك بنكولك . فإن قال المرتهن : وأنت أقررت أيها الراهن بانتفاء الرهن . فالراهن يقول : لـٰكنك لم تقبل إقراري ، ولم يقبله الشرع ، ولم يبطلُ الرهن إلا[1] بسبب نكولك ، ولم يكن لقولي أثر . وهـٰذا واضح .

وإن نكل المجني عليه المقَرّ له ، لم يكن له أن يغرِّم الراهنَ شيئاً ، ويبقى العبد رهناً .

والسبب فيما ذكرناه أنه بنكوله أبطل حقَّ نفسه . ووضوح ذلك يغني عن بسطه .

هـٰذا إن رأينا ردَّ اليمين بعد نكول المرتهن على المجني عليه .

فأما إذا قلنا : اليمين ترد على الراهن المقِرّ ، فعلىٰ هـٰذا إن حلف ، سُلّم العبد للبيع . في حق المجني عليه ، وليس للمرتهن في هـٰذه الصورة فسخٌ أيضاً ؛ فإنه بنكوله أبطل حق نفسه ، فكانت الإحالة علىٰ نكوله . هـٰذا إذا حلف الراهن .

وإن نكل الراهن عن يمين الرد ، فهل للمجني عليه أن يحلف بعد نكول الراهن ؟ **قولان/** : **أحدهما** ـ له ذلك ؛ لأن مصير الحق إليه ، ويستحيل أن يَبطل حقُّه بنكول الراهن ، كما لا يبطل حقه بسبب رجوعه عن الإقرار . **والقول الثاني ـ** لا ترد اليمين على المجني عليه ؛ فإن اليمين في الخصومات ليس لها إلا مرد واحد ، ومنتهاها مردُّها . فإذا ثبتت يمين الرد في جانب ، لم تتحول عنها . فإن قلنا : لا يرد اليمين إلى المجني عليهِ ، نجعل نكولَ الراهن بمثابة حلف المرتهن ، ونقرر الرهنَ . ثم يعود

ش ١٧١

---

(١) في الأصل ، (ت٢) : « ولم يبطل الرهن [بزعمك] إلا بسبب نكولك » . وأما (ص) : فقد ضرب علىٰ كلمة [بزعمك] وهـٰذا ما رجحناه .

القولان في أن الراهن المقِرَّ هل يغرَم للمقَر له ؛ من جهة أنه حقق الحيلولةَ ؟ وقد مضىٰ هـٰذا .

وإن قلنا : يرد اليمين على المجني عليه ، فإن حلف ، ثبت حقه وبيع العبد في الأرش ، وليس للمرتهن خيار الفسخ ؛ فإنه أبطل حقه بنكوله عن اليمين . وقد تمهد هـٰذا .

وإن نكل المجني عليه عن اليمين ، لم يكن له تغريم الراهن قولاً واحداً ؛ فإنه كان مقتدراً علىٰ رفع الحيلولة ، فلم يرفعها وأكدها ، فإذا كانت الحيلولة محالاً عليه ، لم يثبت له تغريم الراهن المقر .

وكل ما ذكرناه تفريع علىٰ أن إقرار الراهن غير مقبول ، والقول قول المرتهن . ثم انشعب الكلام من تحليف المرتهن إلىٰ صور .

٣٦٠٥ـ فأما إذا فرعنا علىٰ أن إقرار الراهن مقبولٌ ، فهل يقبل قوله من غير يمين ، أم يحلَّف ؟ في المسألة **وجهان** : **أحدهما ـ** أنه لا يحلّف ؛ من جهة أنه مقر علىٰ ملكه وسبب نفوذ إقراره مصادفته ملكَه مع انتفاء التهمة ، وهـٰذا المعنىٰ يوجب أن لا يحلّف .

ومن أصحابنا من قال : لا بد من تحليفه لتعلق حق المرتهن بمحل إقراره ، فالإقرار مقبول علىٰ قاعدته ، واليمين معروضة لمكان حق المرتهن .

فإن قلنا : يقبل قوله دون اليمين ، سلّم إلى البيع في حق المجني عليه . وإن قلنا : إنه يحلّف ، لم يخل : إما أن يحلِف ، أو ينكُل ، فإن حلف ، ثبت الإقرار ، وبيع العبد في الجناية ، وتخير المرتهن إن كان الرهن مشروطاً في بيع . وإن نكل عن اليمين ، فالمرتهن يحلف ؛ من قِبل أن الخصومة بينهما تدور ، وإنما حلفناه لحق المرتهن ، فإذا نكل ، فالرد علىٰ صاحب الحق . ثم إن نكل المرتهن ، كان نكوله بمثابة حلف الراهن ، جرياً على القياس الممهد في حكم يمين الرد ، ولا خيار له ؛ فإنه بنكوله أبطل حق نفسه في هـٰذا المكان ؛ فلم يملك الفسخ . هـٰذا إذا نكل عن يمين الرد .

فأما إذا حلف المرتهن لما نكل الراهن ـ والتفريع علىٰ قبول قول الراهن مع يمينه ـ فإذا انتهى الأمر إلىٰ ما ذكرناه ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن العبد يَقِرُّ في يد المرتهن مرهوناً ، وهـٰذا فائدة حلفه . وظاهر القياس هـٰذا . ولا يتجه غيرُه .

والقول الثاني ـ أن العبد يُنتزع من يده ، ويباع في الجناية ، ولا أثر لنكول الراهن وحلف المرتهن إلا أنه يُغرِّمه قيمةَ العبد المرهون ليوضع رهناً ، وينسب في الامتناع عن اليمين إلىٰ تفويت حق المرتهن ، ولا فائدة علىٰ هـٰذا القول لتصوير اليمين والرد ، إلا بتثبيت قيمة العبد ووضعها رهناً مكان العبد .

٣٦٠٦ـ ومما يجب التنبيه له في هـٰذا المنتهىٰ أنا نتخيل الأقارير **ثلاث مراتب** : **المرتبة العليا** ـ إقرار من مُطلق فيما يعرف حقاً له ، فهو مقبول ؛ فإنه صادر من مُقِر[(١)] مُطلق فيما يقتضي الظاهر كونَه حقه ، وليس يتضمن إقرارُه إبطالاً لحق غيره . هـٰذه مرتبة وعليها خروج الأقارير الصحيحة .

والمرتبة الأخرىٰ ـ إقرارٌ في محلٍّ هو في ظاهر الظن حق الغير ، ولا ولاية للمقر . فهـٰذا الإقرار مردود ؛ لأنه على الغير ، لا في حقه ، فإن اشتمل الإقرار علىٰ ما ينفي التهمة ، فالإقرار قد يقبل في محل انتفاء التهمة ، وهـٰذا يظهر فيه إذا كان حق الغير/ يتلف بعقوبةٍ على المقِر ، كالعبد يُقر بما يوجب عليه قصاصاً أو حداً . ولو كان لما وصفناه قرينةٌ ، ففي نفوذ الإقرار فيها القولان المقدمان ، وهو كإقرار العبد بسرقة مالٍ .

ي ١٧٢

فهـٰذا بيان هـٰذه المرتبة ، مع ما يستثنىٰ منها .

ومن مراتب الإقرار أن يصادف ملكاً فيه حقٌّ لازم ظاهراً ، والمقر مطلق في نفسه ، ففي قبول أصل الإقرار خلاف . فإذا قبلناه ، عدنا فترددنا في أنه يقبل من غير يمين أم مع اليمين ؟ وسبب هـٰذا التردد قيامُ حق المرتهن .

٣٦٠٧ـ ثم إن فرضنا حَلِفاً من المقر ، نفذ الأمر ، ولم يبق للمرتهن إلا الخيارُ في البيع . وإن فرضنا نكولَه عن اليمين ، رددنا اليمين وترددنا ؛ من جهة أن التفريع علىٰ

---

(١) في (ص) : متعين ، (ت٢) : معتر (بهـٰذا الرسم) .

قول قبول الإقرار . ويبعد في مسالك الأقارير أن يرد لمكان نكولٍ عن يمين ، مع رد يمين ، وبعُدَ علينا أن نعطِّل أثر اليمين بالكلية ، فقلنا في قولٍ يستخرج العبد من يد المرتهن ؛ فقول الراهن إذن ليس إقراراً ، بل كأنه قولٌ مقبول ممن يظهر صدقُه ، كقول المودَع في الرد ، وقول كل مدّعىً عليه ، ومساق هـٰذا يوجب تثبيت الرهن في يده إذا حَلف علىٰ خلاف قول الراهن .

وإن قلنا : العبد يستخرج من يد المرتهن ، وإن [حلف][1] ، فقولُ الراهن إقرارٌ في حقه . ولـٰكنه لو حلف ، لأبان بحلفه أن أصل الرهن لم يكن ، فإذا لم يحلف وحلف المرتهن غرّمنا الراهن في حق المرتهن ، كالمعتِق لما انجر إليه من التهمة لما نكل ، فألزمناه القيمة لهـٰذا التخيّل[2] . وهـٰذا ضعيف ، ولـٰكن نقله الأئمة المحققون .

فإن قلنا : يبقى الرهن في يد المرتهن ، فلا كلام ، وإن قلنا : يغرم الراهن له القيمة ، فهل يثبت له الخيار ؟ فعلىٰ وجهين : **أصحهما** ـ أنه يثبت ؛ لأنه لم يسلم له الرهن في العبد الذي عينه . **والوجه الثاني** ـ أنه لا خيار له ، كما لو سلّم العبد المشروط ثم أتلفه ؛ فإنه يلتزم قيمته ولا خيار للمرتهن .

من قال بالأول انفصل عن الإتلاف بأَنْ قال : لما أقبضه ، فقد وفاه حقَّه ، وصار وافياً بشرطه ، فانقطع الخيار لذلك . وقول الجاني فيما نحن فيه له انعكاس علىٰ أول الرهن ؛ من قِبل أنه يُشعر بأن الرهن لم ينعقد .

فليتأمل الناظر تردد الفقهاء عند تركّب الموجَبات والمقتَضيات .

ثم إن قلنا : تقر العين المرهونة في يد المرتهن ، فهل يغرم الراهن للمجني عليه ؟ فعلىٰ قولين مقدمين ؛ من جهة أنه بنكوله حقَّقَ الحيلولةَ بين ذي الحق وبين محل حقه .

ولهـٰذا نظائر ستأتي مشروحة في كتاب النكاح ، إن شاء الله تعالىٰ .

وكل ما ذكرناه تفريع علىٰ أن رهن العبد الجاني الذي في رقبته أرشٌ باطل .

---

(١) في الأصل : « خلف » . (وهـٰذا عجيب من نسخة الأصل التي لا نقط فيها أصلاً ، إلا أقل القليل ، من الكلمات المشتبهات . فكيف نقطت هـٰذه ؟) .

(٢) في (ص) : التخير ، (ت٢) : التخيير .

٣٦٠٨ـ فأما إذا صححنا رهن الجاني ، والتفريع علىٰ أن إقرار الراهن مردودٌ فيما يتضمن بطلانَ حق المرتهن . فلو قال : قد رهنت وأقبضت ، ثم أقررت إقراراً لا ينافي رهني وإقباضي ، فاقبلوا قولي .

قلنا : اضطرب الأئمة في ذلك ؛ والقول فيه محتمل جداً . وقد تردد الأئمةُ : فقال بعضهم : إقراره بتقدم الجناية مقبول علىٰ هـٰذا القول ؛ فإنه لا منافاة بين تصحيح الرهن والقبض وبين الجناية ، وهو مُطلق أقر بأمرٍ ممكن في ماله . وليس كما إذا فرعنا علىٰ أن رهن الجاني مردود ؛ فإنه إذا رهن ، وأقبض ، ثم أقر ، فإقراره يتضمن مناقضة ما قدمه من عقده وإقباضه . فلم يقبل منه في قولٍ . كما سبق .

وذهب بعض الأصحاب إلىٰ أنا إذا رأينا رد إقراره علىٰ قولنا بفساد رهن الجاني ـ فيُرد إقرارُه على القول بصحة رهن الجاني ؛ فإن قبول إقراره يتضمن نقضَ يد المرتهن . والرهن إذا انبرم بالقبض ، فمقتضاه لزوم حق المرتهن ، فالراهن المُقبِض ملتزم إلزام/ حق المرتهن . فإذا أتىٰ بما يناقض قولَه ومضمونَ فعله ، رُدَّ علىٰ قول الرد ، كما يرد إقرارُه علىٰ قول فساد رهن الجاني ؛ من جهة أنه بلفظه في العقد وإقباضه التزم صحته له . فإذا أقر بما ينافي الصحّةَ ، رُدّ إقرارُه في القول الذي عليه التفريع .

ش ١٧٢

فَرْعٌ : ٣٦٠٩ـ إذا رأينا قبول إقرار الراهن علىٰ قول فساد رهن الجاني ، وانتهى الأمرُ إلىٰ بيع العبد المرهون في أرش الجناية ، فإذا بعناه ، فلو فضل من ثمنه شيء ، فقد اختلف أصحابنا في ذلك الفاضل ، فمنهم من قال : هو خارج عن هـٰذا الرهن ، لا عُلْقة فيه للمرتهن .

ومنهم من قال : ذلك الفاضل مرهون ؛ فإن إقرار الراهن إنما يقبل في مقدار الأرش .

وهـٰذا يلتفت علىٰ ما أجريناه في أثناء الكلام ، من أن الراهن لو أقر بأرش يقصر عن القيمة ، ورأينا قبول إقراره ، فهل نحكم بانفكاك الرَّهن في الجميع أم نقضي بانفكاكه في مقدار الأرش ؟ فيه التردد الذي سبق . فالقول في الفاضل ملتفتٌ عليه .

ولـٰكن على الناظر فضلُ تدبر . فإن حكمنا بأن الزائد علىٰ مقدار الأرش لا ينفك

الرهن فيه ، فلا وجه لبيعه حتىٰ ينتهي الكلام إلىٰ كونه رهناً أم لا . وإن قلنا : الرهن مردود في الجميع ، فالمصير إلىٰ أن الفاضل رهنٌ بعيد . فما الوجه في تنزيل هـٰذا الخلافِ في الفاضل ؟ قال **شيخي أبو محمد** : نحن وإن قلنا : الجاني لا يصح رهنه ، فإذا أقر وقبلنا إقراره ، وفضل من الثمن شيء ، فلسنا نقولُ : إنه بان لنا أن الرهن بطل بإقراره . ولـٰكن كأنَّا قدَّمنا حقَّ المقَر له بالأرش علىٰ حق المرتهن . ولم نجعل الإقرارَ مبطلاً . فإذا فضل شيء من حق المقَر له ، فيبقىٰ حق المرتهن فيه .

وهـٰذا بعيد عندي عن النظم ، والوجه القطع بأنّا نتبين بالإقرار فسادَ الرهن . فإن كان الأرش أقلَّ ، نردُّ نظرنا إلىٰ أن بيع ما يزيد على الأرش مرود أو غير مردود . ولا مصير إلىٰ تصحيح البيع ورد الخلاف إلىٰ أن الفاضل رهن أم لا .

فَصْلٌ

قال : « ولو جنىٰ بعد الرهن ، ثم برىء من الجناية بعفوٍ ، أو صلحٍ . . . إلىٰ آخره »(١) .

٣٦١٠ـ العبد المرهون إذا جنىٰ في يد المرتهن جنايةً مالية ، تعلق الأرش برقبته ، ولم يتضمن ذلك بطلانَ الرهن ؛ فإنه لو فرض عفوٌ عن الأرش أو فداءٌ من المولىٰ ، فالرهن يبقىٰ مستمراً . ولـٰكن إن لم يجر مما أشرنا إليه شيءٌ ، فيباع في الأرش إن كان مستغرِقاً لقيمته . وإذا بيع ، تبين ارتفاع الرهن قبيل البيع ، ولو كان الرهنُ مشروطاً في بيعٍ ، ثم أفضى الأمر إلى الجناية والبيعِ فيها ، فلا خيار للمرتهن في فسخ البيع ؛ فإن الراهن قد وفّىٰ بما شُرط عليه ، ولا نُلزِمه أن يعصم المرهون عن الجناية ، كما لا نُلزمه عصمتَه من طوارق الحَدَثان .

فإن قيل : لم قدمتم حقَّ المجني عليه علىٰ حق المرتهن ، وهلاّ قلتم : لا يتعلق الأرش برقبة المرتهن لكونها مشغولةً بوثيقة الرهن ؟

قلنا : تكلف أصحابنا في هـٰذا كلاماً ، فنذكره أولاً . قالوا : حق المرتهن له

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٣ .

محلاّن العين والذمة ، فإن فاتت العين ، استقل الحق بالذمة . وحق المجني عليه ناجزاً ينحصر في العين ، فقُدم ، كما قدم إزالةُ النجاسة علىٰ رفع الحدث إن كان الماء لا يفي إلا بأحدهما ، فإن لطهر الحدث بدلاً . وقيل : حق المجني عليه يثبت بأصل الشرع ، فكان أقوىٰ من حق المرتهن الثابت بالعقد .

وهـٰذا تكلُّفٌ عندي . وقد تتعارض الأقوال ، ولا يعدَم الفقيه كلاماً في ترجيح وثيقة/ الرهن . ولو لم يثبت في ذلك إلا القطعُ بمنع بيع المرهون ، مع التردد في بيع الجاني ، لكان ذلك متنفساً . والوجه ألا نلتزم هـٰذا الفنَّ أصلاً ؛ فنقول : حقُّ المرتهن في رقبة المرهون لا يزيد علىٰ حق المالك . ثم الأرش يتعلق بمحل الملك ، فليتعلق بمحل الرهن . فإن روجعنا في تعليل أصل التعليق ، لم نخض فيه الآن . ي ١٧٣

فصل

قال : « ولو دبّره ، ثم رهنه ، كان الرهن مفسوخاً . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٦١١ـ مقصود الفصل الكلام في رهن المدبر . ونحن نقدم عليه القولَ في رهن المعلّق عتقُه بالصفة ، فنقول : رهن العبد المعلق عتقه بالدين الحالّ جائز ، ثم إن بيع قبل وجود الصفة ، فذاك ، وإن وجدت الصفة قبل البيع ، فهـٰذا يبتني علىٰ أن العبرة في التعليقات بحالة التعليق ، أو حالة وجود الصفة . وقد ذكرنا طرفاً في ذلك كافياً في غرض هـٰذا الكتاب . وسيأتي تفصيل هـٰذا الأصل في الوصايا والعتق ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو رهن المعلّقَ عتقُه بدينٍ مؤجل ، ففيه مسائل : **أحدها** ـ إن تيقن أن حلولَ الأجل يسبق وجودَ الصفة ، فيجوز الرهن كما يجوز بالحالّ .

والمسألة الثانية ـ أن يتيقن أن الصفة توجد قبل حلول الأجل ، ففي جواز الرهن والحالة هـٰذه وجهان : **أظهرهما** ـ المنع . **والثاني** ـ أنه يجوز . والوجهان يقربان من

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٣ .

قولين سيأتي ذكرهما في رهن الطعام الذي يسرعُ الفساد إليه ، بدين مؤجَّل ، يسبق فسادَ الرهن حلولُ أجله . وسيأتي ذلك في مسائل الكتاب ، إن شاء الله تعالىٰ . ووجه الشبه لائح ، فتقدير نفوذ العتق قبل الأجل كتقدير فساد المرهون . وهـٰذا يحتاج إلىٰ تأملٍ .

٣٦١٢ـ وإنما يَسْتدُّ ما ذكرناه من البناء تفريعاً علىٰ أن العتق ينفذ عند وجود الصفة ، فيقع النّظر في أن مقصود الوثيقة يزول بنفوذ العتق قبل الحلول .

فأمّا إذا قلنا : العتق المعلَّق قبل الرهن لا ينفد في حالة الرهن ، فليس يتأتىٰ والتفريع علىٰ هـٰذا الوجه أخْذُ هـٰذا من رهن ما يتسارع الفساد إليه ؛ فإنا إذا قدرنا ثبوتَ الرهن ، ورتبنا عليه منعَ نفوذ العتق قبل الأجل ، فقد خرج بنا الكلام عما تقدّم . فالوجه أن نقول : إن كنا ننفذ العتق ، نأخذهُ من تسرع الفساد . وإن كنا نرىٰ أن العتق لا ينفذ لو قدر الرهن ، فالقول في صحة الرهن يخرّج علىٰ أصل آخر ، وهو أن الراهن صار مدافعاً لعتقٍ صار كالمستحق[1] بالتعليق . فهل يصح الرهن ؟ وهـٰذا الآن يخرّج على الخلاف الذي سنذكره في رهن المدبَّر مع القطع بجواز بيعه ، وثَمَّ يتبيّن حقيقة ما نقول إن شاء الله تعالىٰ .

ومن مسائل التعليق أنه إذا رهن عبداً معلقَ العتق بصفةٍ يجوز وجودها قبل المَحِل ، ويجوز استئخارها عن المَحِل ، ففي جواز الرهن وجهان مرتبان على الوجهين فيه إذا استيقنا تقدّم الصفة على الأجل . وهـٰذه الصورة أولىٰ بالجواز . ووجه الفرق بيّن .

فهـٰذا تمام ما أردنا ذكرَه في رهن المعلّق عتقُه .

٣٦١٣ـ فأما رهن المدبر ، فنذكر فيه اختلاف طرق الأصحاب ، ثم نرجع إلى النص : فمن أصحابنا من بنىٰ رهن المدبر على القولين في أن التدبير وصيةٌ أو عتقٌ بصفة ؟ قال : إن جعلناه عتقاً بصفةٍ ، فهـٰذه الصفة يجوز أن توجد قبل المحل ، ويجوز

(١) في (ص) ، (ت٢) : المستحق .

أن توجد بعده . فجواز الرهن يخرّج علىٰ قولي رهن العبد المعلق عتقه بصفةٍ يجوز أن توجد قبل المحل ، ويجوز أن تستأخر .

ش ١٧٣ ومن أصحابنا/ من قال : يجوز رهن المدبر قولاً واحداً . وهـٰذا هو القياس ؛ لأن التدبير إن كان وصية ، فالرهن جائز ، وإن كان عتقاً بصفة ، فهو محسوب من الثلث . وحق المرتهن من رأس المال ، فهو مقدَّم علىٰ ما يحسب من الثلث ، غاية ما يُقدّر[١] أن يموت من عليه الدين ، ولا يخلِّف إلا هـٰذا العبدَ ، ولو كان كذلك وكان الدين مستغرِقاً لقيمته ، لصرفناه إلى الدين وأبطلنا العتق . وليس كذلك رهنُ المعلَّق عتقه بصفة توجد في حياة المعلِّق ؛ فإن ذلك العتق لو نفذ في حياة المعلِّق ، لكان مقدماً على الديون ، فلا تأكّدَ للعتق في التعليق ، وصار في حكم الاستحقاق ، والرهن تصرفٌ ضعيف منحط عن البيع ، اقتضىٰ ذلك تجويزَ البيع ، ومنع الرهن . والعتق الذي يقدر حصوله في المدبر ضعيف ؛ من قبل انحصاره في الثلث ، فيقدم الدين عليه .

وقال بعض أصحابنا : رهن المدبر باطل قولاً واحداً . وهـٰذا هو الذي قطع به **الشافعي** ؛ إذ قال : « رهنه مفسوخ » والمراد بالمفسوخ الباطل . وهـٰذا يعتاده **الشافعي** كثيراً .

وهـٰذا القائل يزعم أن التدبير ليس وصية محضة ، فلا يلزم تصحيحَ الرهن علىٰ قول الوصية . وهـٰذه الطريقة وإن كانت توافق النص ، فليس ينقدح لي في توجيهها شيء .

وكأن **الشافعي** يعتقد أن التدبير علىٰ حال عقدُ عتاقةٍ شرعي ، ولا يطابق هـٰذا مذهبَه في جواز البيع ، وجواز الرجوع عن التدبير على الأصح ، والمدبر على الحقيقة عندنا عبدٌ قن ، فإذا مات السيد ، جعلنا عتقه محسوباً من محل الوصايا . **وللشافعي** في كتاب الصّداق كلام في أن المرأة إذا دبرت العبد المصْدقَ ، ثم طلقها زوجها ، فهل يرجع إلىٰ نصف المدبر . فلعلنا نجد ثَمَّ بسطةً في الكلام .

وقد انتهىٰ غرضنا الآن والله أعلم .

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : يتوقع .

فَصْلٌ

قال : « ولو رهنه عصيراً حلواً ، كان جائزاً ، فإن حال إلىٰ أن يصير خلاً أو مزّاً . . . إلىٰ آخر الفصل »[(١)] .

تقرأ « مُزّاً »[(٢)] وهو بين شدة الخمر وحموضة الخلّ ، وليس بمسكر علىٰ حالٍ . وتقرأ « مُرِّياً »[(٣)] . وهـٰذا بعيد ؛ فإن الخمر لا يصير مُرِّياً .

٣٦١٤ـ فنخوض في غرض الفصل ، ونقول : رهن العصير جائز بالدين الحال . فلو رهن العصير وأقبضه ، فاستحال العصير خمراً في يد المرتهن ، فلا نحكم بأن الخمرَ توصف بكونها رهناً أصلاً ، واختلف الأصحاب في العبارة عنها . قال قائلون : بطل الرهن لمّا استحال العصير خمراً ؛ فإن الخمر ليست مالاً ، وما لا يكون مالاً لا يكون رهناً .

ثم إذا استحالت الخمر خلاً ، فالخل مرهون ، وهـٰذا القائل يقول : عاد الرهن من غير إعادة ، كما زال من غير إزالة ، وليس كما لو فسخا الرهن ؛ فإنه لا يعود ما لم يعيداه ؛ من جهة أن الرهن زال عن قصد ورضا ، فلا يعود إلا بمثل ما زال به .

ومن أصحابنا من قال : إذا استحال العصير خمراً ، فالرهن موقوف لا يحكم ببطلانه ، فإن عاد خلاً ، بان أنه لم يبطل . وهـٰذه الطريقة عريّةٌ عن التحصيل ؛ من جهة أن لا توقف في أن الخمر ليست مالاً ، والتبيّن إنما يحسن لو كنا نتبين أن الشدة/ لم تطرأ . ١٧٤ ي

والطريقة الأولىٰ قاصرة أيضاً عن شفاء الغليل والكشف التام .

والوجه عندنا أن يقال : من اتخذ عصيراً ، وقصد تركه إلىٰ أن يصير خلاً ، فإذا صار العصير خمراً ، فالخمرة ليست مملوكة ، ولـٰكن لمالك العصير فيها حقُّ ملكٍ ،

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٣ .

(٢) المزّ : الحلو الحامض ، فيكون طعمه بينهما ، أو خليطاً منهما (معجم) .

(٣) في (ص) : مرّاً . والأصل بغير نقط لا في هـٰذه ، ولا تلك . والمرِّي : إدامٌ كالكامخ يؤتدم به ، كأنه نسبة إلى المرّ ، ويسميه الناس (الكامَخ) ، وهو لفظ معرب اسم لما يؤتدم به ، أو للمخلّلات المشهية (المصباح ، والمعجم) .

وإن لم يكن حقيقةَ ملكٍ ، فهو علىٰ حق الملك فيها ، فإذا انقلبت خلاً ، كان علىٰ حقيقة الملك الآن ؛ من جهة أنه استفاد هـٰذا المالَ عن اختصاصه بالخمر . كذلك المرتهن له حق اختصاصٍ بالخمر ، وليس ذلك الحق رهناً ، فإذا انقلبت الخمر خلاً ، عاد حقه في الرهن لترتبه علىٰ ما ذكرنا نظيره في الملك .

٣٦١٥ـ ولو رهن شاة وسلمها ، فماتت ، فلا شك أن الرهن لا يبقىٰ في الميتة ، وإنما النظر في جلدها إذا دُبغت ، فهل نحكم بأن الرهن يعود في ذلك الجلد من غير استئناف عقدٍ ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما ـ** يعود الرهن كالخمر إذا عادت خلاً ؛ فإنها تعود رهناً ، كما تقدم .

والوجه الثاني ـ لا يعود الجلد إذا دبغ رهناً ؛ فإنه ليس ينقلب بنفسه مدبوغاً ، بل لا بد من إتيان فعلٍ فيه . وإنما يستقيم العَوْدُ من غير اختيارٍ رهناً إذا كان الانقلاب علىٰ هـٰذه الصفة .

ومن غصب خمراً أو جلداً غير مدبوغ ، ثم استحالت الخمر خلاً ، ودبغ الغاصبُ الجلدَ ، فهل يجب عليه ردُّ الخل والجلدِ المدبوغ ؟ هـٰذا من القواعد العظيمة في الغصب ، وهو شعبة من أصلٍ يحوي تقاسيم . والوجه تأخير جملته إلىٰ كتاب الغصب . والعودُ إلىٰ ما يتعلق بهـٰذا الكتاب .

٣٦١٦ـ فلو باع عصيراً وسلمه عصيراً ، فقد تم العقد ، وتحمل ما يفضي إليه من انتقال العهدة . فلو استحال في يد المشتري خمراً ، فليس يتعلق بذلك من تبدل قضايا العقد شيء في غرضنا ، وليس كالمرهون يستحيل خمراً ؛ فإن مقصود الرهن منتظرٌ ، وهو بيعُ الرهن في الدين عند مسيس الحاجة إليه ، فوقع الاعتناءُ باستحالة العصير في يد المرتهن .

وشبه الأئمة بيع العصير واستحالتَه خمراً في يد البائع باستحالة العصير خمراً في يد المرتهن ؛ فإن البيع لزم بانتفاء الخيار عنه ، ولا يتوقف لزومُه على الإقباض . ولـٰكن انتقال الضمان ونفوذ التصرف منتظر بعدُ ، فقال الأئمة إذا استحال العصير خمراً في يد البائع ، ثم استحالت الخمر خلاً ، فالعقد قائم ، والقول في انقطاعه وعَوْدِه ، أو في

وقوف الأمر فيه علىٰ نحو ما قررناه في المرهون بعد القبض ، وقال **القاضي** : النص ما ذكرناه في الرهن والبيع وهو الأصل .

وكان لا يمتنع في القياس أن نقول : العصير المبيع إذا استحال خمراً ، والخمر ليست بمالٍ ، فالعقد قد عدم موردَه ومحلَّه ، فإذا انقلبت الخمر خلاً ، فالقياس أن نجعل هـٰذا علىٰ قياس عَوْد الحِنْث فيه إذا علق الرجل طلاقاً أو عتاقاً ، ثم بت النكاح ، وأزال الملك عن الرقبة ، فلو فرض عودٌ بعقدٍ ، ففي حكم التعليق السابق في الملك والنكاح اللاحقين **قولان مشهوران** .

ووجه التشبيه أن العقد في استحالة العصير خمراً علىٰ حالةٍ ، لو فرض ابتداءُ العقد ، لم يثبت لانعدام المحل ، لا لعجزٍ أو غيره من الموانع . والأمر علىٰ هـٰذا الوجه في عود الحِنْث ، فإن النكاح انبتَّ ، وكذلك الملك ، ولم يبق محلٌّ يفرض فيه نفوذ طلاق أو عتاق . ثم كان في العوْد ما ذكرناه .

فإن كانت الخمرة/ تستحيل بنفسها ، واعتقد المعتقد ذلك فرقاً ، فهـٰذا لا يعارض الفقه الذي ذكره **القاضي** من تحقق انعدام المحل ، ولـٰكنه لم يذكر هـٰذا إلا منبهاً علىٰ طريق المعنىٰ . والمذهب ذاك الذي نقلناه(١) . ١٧٤ ش

وكل هـٰذا في استحالة العصير بعد القبض .

٣٦١٧ـ فأما إذا استحال العصير خمراً قبل القبض ، فإن جرى الإقباض على الشدة ، فالقبض فاسد .

ولو استحالت خلاً ، فلا عود للرهن ؛ فإن الركن الأعظم جرىٰ على الفساد . وهو كما لو رهن الخمرة المحترمة ، ثم استحالت ، فالعقدُ على الفساد ، ولا ينقلب إلى الصحة بسبب انقلاب الخمر . ولو استحال العصير خمراً قبل القبض ، وانقلب خلاً قبل القبض ، فهل يفسد الرهن فساداً لا يعود بالانقلاب إلى الحموضة ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ يفسد لانعدام المحل في حال جواز الرهن وضعفه ؛ إذ هو غير منتهٍ إلى اللزوم بعدُ .

والثاني ـ يعود العقد ، كما ذكرناه بعد القبض .

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : ذكرناه .

وهٰذان الوجهان يقربان من الأصل الذي مهدناه في موت الراهن قبل القبض وجنونه .

٣٦١٨ـ وألحق **الشيخ أبو علي** بهٰذا الأصلِ ما لو رهن الرجل عبداً ، فجنىٰ قبل القبض ، وتعلق الأرش برقبته . وقلنا : رهن الجاني فاسد . وقد ثبت أن طريان الجناية بعد القبض لا يفسد الرهن ، ولٰكن يُثبت حقَّ رفعه بالبيع في الجناية . فإذا فُرض ذلك بعد تأكد الرهن بالقبض ، ففي ارتفاع الرهن وانفساخه وجهان .

وهٰذا الذي ذكره **الشيخ** أبعد من انقلاب العصير خمراً ؛ فإن العبد وإن جنىٰ ، فهو قائم والملك فيه دائم .

وقد يلزم علىٰ هٰذا المساق تخريج وجهين فيه إذا أبَق[1] العبد المرهون قبل القبض ، وانتهىٰ إلىٰ حالة يمتنع ابتداء الرهن فيه . ويجوز أن يُتخيّلَ فرقٌ من جهة أن الجناية بعد القبض تؤثر في الرهن ، والإباقُ لا يؤثر بعد القبض .

وإذا كان أخذ هٰذه المسائل من طريان الجنون والموت ، فليس الإباق بعيداً إذا فُرض طريانه قبل القبض عن التردد ، وتقدير الخلاف .

وإذا بانَ ما ذكرناه في استحالة العصير خمراً قبل القبض ، فإن قلنا : ينفسخ الرهن ، ولا يعود ، فإذا جرى الإقباضُ على الشدة ، فالقبض فاسد ، والرهن منفسخ ، ولا توقع في العَوْد على الوجه الذي عليه نفرّع ، فاستحالة الخمر خلاً بعد ذلك لا أثر له . فإن أعادا عقداً بعد الحموضة ، لم يخف حكمه .

وإن قلنا : لا ينفسخ الرهن انفساخاً لا يعود ، فإذا جرى القبض على الشدة ، فالقبض فاسد ، فإذا استحالت الخمر خلاً ، فعقد الرهن باقٍ ، والذي جرىٰ ليس بقبضٍ ، فلا بد من قبضٍ بعد الحموضة . وإذا ورد العقد علىٰ يدٍ ، ففي تضمن العقد الإقباض كلامٌ مضىٰ . فأما إذا أردنا إثبات قبضٍ مجدد علىٰ يدٍ مستدامةٍ ، فلا بُدَّ من إقباضٍ من طريق الصورة . فلو قال : اقبضه لنفسك ، ففيه خلافٌ ، قدّمته في كتاب البيع . وهٰذا ذاك بعينه . ولو قال أمسكه لنفسك ، لم يكن إقباضاً .

وإذا جوزنا له أن يقبض لنفسه بنفسه ، فلا بد من صورة نجريها يقع مثلها قبضاً

---

(١) أبق : من باب ضرب في الأكثر ، وتأتي من بابي تعب وقتل . (المصباح والمعجم) .

ابتداء ، هـٰكذا ذكره الأئمة وصرّحوا[1] .

وذكر **صاحب التقريب** أن الإذن في الإمساك ، واليدُ دائمة يخرّج علىٰ أن العقد هل يتضمن إقباضاً ؟ ثم رجّح ، فقال : هـٰذا أولىٰ ؛ فإنه يعرض لنفس القبض . فإذا كنا نجعل ضمن/ العقد إقباضاً ، فلأن نجعل الإذن في الإمساك قبضاً أولىٰ . ١٧٥ ي

وهـٰذا قياس لست أنكره . ولـٰكن صرح الأئمة بخلافه .

هـٰذا تمام البيان في هـٰذا الفصل . ثم وصل **الشافعي** بهـٰذا الفصل تخليل الخمر والمعالجةَ في استعجال الحموضة . وذكر الأصحاب هـٰذا الفصل هاهنا فنتأسَّىٰ بهم .

فصل

٣٦١٩ـ الخمر تنقسم إلىٰ خمرة غير محترمة ، وإلىٰ خمرة محترمة ، فأما التي لا تحترم ، فهي التي اتخذها المالك لتكون خمراً ، فهـٰذه الخمرة غيرُ محترمة ؛ وتتعين الإراقة علىٰ أهلها ، وإذا التمسوا أن يكتفىٰ بإيقاع الحيلولة بينهم وبينها حتىٰ تتخلل بأنفسها لم نُجبهم إلىٰ هـٰذا ، وعجلنا إراقتها ، وهـٰذا مشعر باستحقاق الإراقةِ فيها ؛ فإنا إن عولنا علىٰ محاذرة مخامرتهم لها ، وعدم الأمن بهم فيها ، فالحيلولة تحسم هـٰذه المادة وتقطعها ولا اكتفاء بها ، فوضح أنها مستحقة الإراقة .

فلو لم يتفق إراقتها حتى استحالت خلاًّ من غير علاج ، ولا تسبب ، فالخل مالٌ ، ولا خلافَ أنه لا يراق علىٰ صاحبه .

فنقول : الخمر وإن كانت مستحقة الإراقة ، فقد انعدمت الشدّة ، وكأن تيك العين قد زالت ، والخل رزق جديد . هـٰذا متفق عليه .

٣٦٢٠ـ ولو خلل مخلل هـٰذه الخمرة التي وصفناها بكونها مستحقة الإراقة ، نُظر : فإن طرح فيها عيناً من ملح ، أو خلٍ ، أو غير ذلك ، فانقلبت خلاً ، فهو نجسٌ محرّم . وعلل بعض أصحابنا ذلك بأن العين الواقعةَ في الخمر تنجست بملاقاتها ، فإذا

(١) كذا في النسخ الثلاث بدون ذكر متعلّق التصريح . وهو إيجاز بالحذف يجري أحياناً في أسلوب الإمام .

انقلبت الخمر خلاً ، نجسته تيك العين المتنجسة بملاقاة الخمر .

وهٰذا قول غيرُ صادر عن فكرٍ قويم ؛ فإنه لا معنىٰ لتنجيس العين إلا اتصال أجزاء الخمر بها ، وجوهر تلك العين على الطهارة ، فإذا انقلبت الخمر خلاً ، فمن ضرورة ذلك أن تنقلب تلك الأجزاء التي لاقت العينَ الواردةَ على الخمر ؛ فلا حاصل إذن لذلك ، والتعويل في تحريم الخل علىٰ تحريم التخليل كما ذكرناه في (**الأساليب**) .

هٰذا قولنا في التخليل بطرح شيء في الخمر ، والحكم متفق عليه ، والتعويل علىٰ تحريم التخليل .

٣٦٢٠/ م ـ ولو لم يطرح في الخمرة المستحقة الإراقة شيئاً ، ولٰكن نقلت إلىٰ ظلٍّ أو شمس ، وكان ذلك سبباً في المعالجة ، ومعاجلة تحصيل الحموضة ، فإذا زالت الشدة ، ففي المسألة **وجهان** بناهما بعض الأصحاب على التردد الذي ذكرناه في التعليل في المسألة الأولىٰ . قالوا : إن عللنا بالنجاسة ، فهٰذا المعنىٰ مفقود هاهنا ؛ لأنه لم يطرأ على الخمرة ما ينجسُ بها ، وإن عوّلنا على التحريم ، فالتخليل عبارة عن التسبّب إلىٰ إكساب الخمر الحموضة . وهٰذا المعنىٰ يحصل بالتشميس ، والنقل . ولا حاجة إلىٰ هٰذا البناء ؛ فإن فصل[1] النجاسة باطل قطعاً . وإن اعتمده **أبو يعقوب**[2] وطائفة من أئمة الخلاف . ولٰكن توجيه الوجهين في التشميس والنقل يهون من غير بناءٍ ، فأحد القائلين يتمسك بقصد التخليل وقد حرمه النبي عليه السلام في الخمرة المستحقة الإراقة ، **ولما قال أبو طلحة في خمور الأيتام : أخللها ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا »** . ولم يتعرض للتفصيل في التخليل[3] ، فهٰذا وجه .

---

(١) المراد بفصل النجاسة : التعليل بنجاسة ما يطرح فيها عند ملاقاته عينَها ، وليس الفصل الحسّي ؛ فالمعنىٰ أنه يجري في هٰذه الصورة وجهان من غير بناءٍ على التعليل بالنجاسة .

(٢) أبو يعقوب : هو أبو يعقوب الأبيوردي .

(٣) حديث أبي طلحة : رواه أحمد : ٣/ ١١٩ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ ، وأبو داود : كتاب الأشربة ، باب ما جاء في الخمر تخلّل ، ح٣٦٧٥ ، والترمذي : البيوع ، باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك ، ح١٢٩٣ ، وأصله في مسلم : الأشربة ، باب تحريم تخليل الخمر ، ح١٩٨٣ ، وانظر التلخيص : (٣/ ٨٢ ح١٢٤٠) .

والوجه الثاني أن [الخل][١] يحلّ اعتباراً بالإمساك[٢] .

ثم لو فرض إمساك الخمر المستحقة الإراقة علىٰ قصد التخليل ، فتخللت ، ففي المسألة **وجهان** أيضاً بالترتيب على الوجهين في النقل والتشميس ، وهـٰذه الصورة أولىٰ بالحِلّ[٣] ؛ من جهة أنه لم يوجد فيها فعل ، والقصد المجرد يبعد أن يحرم .

ولو اتفق لُبث من غير قصد إليه ، فاستحالت الخمر في تلك المدة ، فالخل حلال بلا خلاف/ ؛ لما قدمناه في صدر الفصل . ١٧٥ ش

فهـٰذا بيان الخمرة التي ليست محترمة .

٣٦٢١ـ فأمّا الخمرة المحترمة وهي خمرة الخل . وتصوير ذلك أن اتخاذ الخل جائز بلا خلاف ، والعصير لا ينقلب من الحلاوة إلى الحموضة من غير توسط الشدة ، فإذا انقلبت خمراً ، فلا سبيل إلىٰ إتلافها ؛ إذ لو أُتلفت ، لما تصوّر اتخاذُ الخل .

وهذىٰ بعضُ الناس فقال : نُضرب عنها ، فإن عثرنا عليها خمراً ، أرقناها ، ولم يصر إلىٰ هـٰذا أحد من أئمة المذهب ، وإنما هو من ركوب **أصحاب الخلاف** . ثم كان يستد[٤] هـٰذا في حق من يأمر بالمعروف ، فمن يتخذ الخل في نفسه يعلم انقلاب العصير خمراً ، ويفطن لدركِ رائحتها ، وهو مقَرٌّ عليها ، فلا اعتداد بأمثال هـٰذا .

وذكر **الشيخ أبو علي** في الفصل كلاماً أؤخره عن ترتيب المذهب ، ثم آتي عليه . والقدر الذي فيه اكتفاء أن هـٰذه الخمرةَ غيرُ مراقة علىٰ صاحبها ، وإذا استحالت خلاً بالإمساك ، فالخل طاهرٌ محترم . وكذلك تكون الخلول .

ولو استعجل صاحب الخمر وخلل ، نُظِر : فإن كان التخليلُ بإلقاء شيء من ملح أو غيره ، فظاهر المذهب منعُ هـٰذا ، وإذا فعل ، فالخل علىٰ موجَب المنع محرّم ،

---

(١) في الأصل : الخمر .
(٢) في هامش (ت٢) حاشية : « وأوضح هـٰذا التعليل في البسيط بأنه لم يتقبل فعله بعين الخمر ، وبهـٰذا لا يعد معالجة » .
(٣) في (ص) : بالخل ، (ت٢) : بالتخليل .
(٤) في (ص) : يشتد . ومعنىٰ يستد : يستقيم . وهـٰذا اللفظ من مأثور الإمام ومفرداته التي يكثر من استعمالها .

ويشهد له حديث أبي طلحة ، فإنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن خمور الأيتام ، وما كانت اتخذت إلا واتخاذها جائز ، ثم نهىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تخليلها .

ومن أصحابنا من قال : يحل التخليل في الخمر المحترمة ؛ فإنها ليست مستحقة الإراقة ، وهٰذا القائل يجيب عن حديث أبي طلحة ، ويقول : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بإراقتها ، والخمرة المحترمة لا تراق بالإجماع ، فلعلَّ تلك الخمرةَ كانت اتخذت بعد التحريم ؛ فإن العصير ينقلب في يوم في حر الحجاز خمراً ، ولعل هٰذا كان والأمر على التشديد، كما يدّعيهِ أصحاب **أبي حنيفة** . وللنظر في هٰذا مجال على الجملة .

ولا مبالاة إن جوزنا التخليل بما ذكره **أبو يعقوب** من فصل النجاسة . هٰذا إذا كان التخليل بإلقاء شيء في الخمرة المحترمة .

فأما إذا كان التخليل بالنقل من شمس إلىٰ ظل ، أو من ظل إلىٰ شمس ، فالمذهب جواز ذلك ، وإلحاقُه بالإمساك .

وذهب طائفة من أئمة المذهب إلىٰ تحريم ذلك ، وإلحاقِه بالتخليل المحرم . وهٰذا رديء مخالف لما درج عليه الأولون فعلاً ، ولم يُبْدَ عليهم نكير .

وكان **شيخي أبو محمد** يقول : إن طرح في العصير ملحٌ ، وكان سبباً لتعجيل التخليل ، ففيه تردد بين الأصحاب ، وهو في معنى النقل . وهٰذا عندي بعيد ؛ فإن المعالجة لم تصادف خمراً .

وسمعته مرة يقول : تلك الأعيان لا حاجة إليها فتنْجُس بالخمر ، ثم لا يزول حكم النجاسة عنها ، بخلاف نجاسة الظروف . وهٰذا تردد علىٰ طريقة **أبي يعقوب** ، وهي في أصلها باطلة ، والتفريع عليها باطل ؛ فإنا لو التزمنا تمحيص العصير ، لنقَّيناه من العناقيد ، والثجير[1] ، والتزمنا تصفيته جهدنا عن الأقذاء ، وهٰذا أمرٌ طويل لا يستريب محصل في حَيْده عن سمت الشريعة .

---

(١) الثجير : ثُفْلُ كل شيء يعصر ، كالعنب وغيره (معجم) .

نعم لو وقع شيء في الخمرة من غير قصد ، فقد رأيت فيه تردداً لبعض الأصحاب إذا منعنا التخليل .

٣٦٢٢ـ وقد نجز التفصيل في التخليل ، وحان أن نذكر ما وعدناه من كلامٍ [للأصحاب][1] خارجٍ عن ضبط المذهب ، وذلك في صورتين : **إحداهما** ـ أن العناقيد إذا استحالت أجوافها إلى الشدة ، والحبات متصلة/ بالعساليج[2] ، فقد ذكر **القاضي** وطائفةٌ من الأئمة وجهين في جواز بيعها ، وطردوا هـٰذا الخلافَ في بيع البيضة التي حال مُحُها وماحُها دماً وهو إلى الانقلاب إلىٰ تخليق الفرخ . ومن ذكر هـٰذين الوجهين لم يخصهما بحال من يقصد اتخاذَ الخل ، حتىٰ يحمل على الحرمة . نصّ عليه **القاضي** ، ولم يفرض المسألةَ إلا فيمن يتخذ الخمر ، ثم روجع في نجاسة أجوافها ، فتوقف ، وهـٰذا عظيم ؛ فإن متضمنها الخمر الشديدة . ولا يليق بقاعدتنا أن ننفي حكمَ النجاسة عما في بواطنها ، ثم نقول : لو اعتصرت ، صارت نجسةً ، والانفصال لا يتضمن تثبيت النجاسة .

١٧٦ ي

وهـٰذا يوافق مذهب **أبي حنيفة**[3] ، إذ قال : الدماء في العروق في خلل اللحم ليست نجسة ؛ فإذا سفح وزايل ، اكتسب النجاسة ، وزعم أنه تمسك في هـٰذا بظاهر قوله تعالىٰ : ﴿ أَوۡ دَمٗا مَّسۡفُوحًا ﴾ [الأنعام : ١٤٥] وهـٰذا مخصوص بالدم ، فلا وجه لهـٰذا إذنْ ، ولا خروج للخلاف في البيع إلا علىٰ أمرٍ وهو أن البيضة ظاهرها طاهرٌ ، والنجاسة مستترة بالقيض[4] استتار خِلقة ، والبيضة في نفسها صائرة إلىٰ رتبة الفرخ ، فكان ابتياع البيضة وحشوها الدم كابتياع العصفورة وحشوها النجاسة ، فاعتمد البيعُ مقصودَ البيضة، وطهارة الظاهر . والعنقودُ طاهرٌ وحشوه نجاسةٌ مستترةٌ ، وهي إلى الحموضة .

فإن قيل : قد فرضتموها في حال من يقصد الخمرَ ؟ قلنا : نعم ولـٰكن العادة جاريةٌ بأن من يبغي الخمر يعتصر ، ولا يصب في الدنان إلا العصير ، فإن الثجير وعفوصتَه

(١) في النسخ الثلاث : « من كلام الأصحاب خارج » . ولعل لها وجهاً في اللغة لا أعرفه .
(٢) جمع عِسلاج وعُسلوج . وهو ما لان واخضرّ من قضبان الشجر والكرم . (معجم) .
(٣) ر . أحكام القران للجصاص : ٢/ ٣٠٣ ، البحر الرائق : ١/ ٢٤١ .
(٤) القيض : القشرة العليا للبيضة .

تفسد شدة الخمر ، فإذا وجدنا العناقيد ، لم نعول علىٰ قصد المتخذ إذا كان ما وجدناه مائلاً عن عادة من يقتني الخمور . وهـٰذا القائل يقول : لا نجوز إتلافَ العناقيد علىٰ أربابها ؛ إذ يستحيل الجمعُ بين جواز بيعها وبين جواز إفسادها . وليس كالمرتد يباع ؛ فإنّ قتله غير مستحق ، ولـٰكنه مدعوٌّ قهراً إلى الإسلام ، بالتعنيف . والقتلُ المستحق قد يمنع صحة البيع في العبد الذي استوجب القتلَ في المحاربة . وقد ذكر بعض الأصحاب منعَ البيع في المرتد ، كما قدمته .

فهـٰذا تلخيص القول في ذلك .

فإن قيل : أليس اختلف الأصحاب في جواز الصلاة مع البيضة المذرة ، فهلا فهمتم من هـٰذا الاختلاف الترددَ في نجاسة حشو البيضة ؟ قلنا : جواز الصلاة مأخوذ من الاستتار الخِلقي المشبه باستتار النجاسة بالحيوان . وقد طرد بعض الأصحاب الخلافَ في جواز الصلاة مع حمل قارورة مصممة حشوها نجاسة .

هـٰذا بيان إحدى الصورتين .

٣٦٢٣ـ الصورة الأخرىٰ في الخمرة المحترمة ، كما سبق وصفها ـ قطع الأصحاب بأنها ليست مالاً ، ولا تضمن إذا أُتلفت ، وليس علىٰ متلفها إلا التوبيخ والتأديب ، علىٰ ما يراه صاحب الأمر . وذكر **الشيخ أبو علي** تردداً في بيعها ، وتردداً في طهارتها وهي خمرة مشتدّة محرّمة ، وهـٰذا خرم المذهب ، ومصادمة القاعدة . وما ذكرناه من استحالة العصير خمراً ، وارتفاع الرهن ، وعوده إذا صارت الخمر خلاً ، والفصل بين ما قبل القبض وبعده ، يخالف جواز بيع الخمر ، فلا وجه لهـٰذا . وإنما التردد في مسألة العنقود . وفيها من الإشكال ما تقدّم .

والوجه القطع بمنع بيعها أيضاً ، لنجاسة أجوافها ، وليست هي حيواناً ؛ فإن الحيوان لاختصاصه بالحياة ممتاز عن النجاسات المجاورة له ، والبيضة والعنقود وإن انتظمت ظواهرها وبواطنها خِلقة ، فإذا بيعت بجملتها ، فلا/ تمييز لبعضها عن البعض (ش ١٧٦) بالحياة والجمادية ، فالبيع فيها ممتنع ؛ وأيضاً فإن المقصود منها أجوافها وحشوها نجس ، والمقصود من الحيوان نفسه .

فهـٰذا تمام ما يحضرنا في بيان ذلك .

فصل

ولو قال : « رهنتكه عصيراً ، فصار في يدك خمراً . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٦٢٤ـ إذا اختلف الراهن والمرتهن في عيبٍ ثابت ، فقال الراهن : حدث العيب في يدك ولا خيار لك . وقال المرتهن : حدث العيب في يدك أيها الراهن ، وقد اطلعتُ عليه الآن ، فأرده وأفسخ البيع الذي شرطتُ هـٰذا الرهنَ فيه ، فالقول قول الراهن ؛ قياساً على اختلاف البائع والمشتري في قدم العيب وحدَثِه ؛ فإذا كنا نجعل القول قول البائع استدامةً للعقد ، فلنجعل هاهنا القولَ قولَ الراهن استدامة للرهن والبيعِ الذي الرهنُ شرطٌ فيه . وهـٰذا واضح .

ولو كان رهن عصيراً ، فرأيناه خمراً في يد المرتهن ، وقد اختلف الراهن والمرتهن ، فقال الراهن : أقبضتك العصير ، فانقلب خمراً في يدك . وأنا قد وفيت بالشرط ، ووفيتك المشروط . وقال المرتهن : أقبضتني الخمر وكانت الاستحالة إلى الشدة في يدك ، فالقول قول من ؟ هـٰذا يبتني علىٰ ما مهدناه من أن الإقباض على الشدة فاسد .

وقد اختلف الأصحاب في أن العصير إذا استحال خمراً في يد الراهن ؛ هل ينفسخ الرهن ؟ وقد مضىٰ ذلك الآن . فالراهن يدّعي استقرار الرهن ، والمرتهن يأبىٰ ذلك . ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ القول قول الراهن ؛ لأنه ادّعىٰ إقباضه عصيراً ، والأصل بقاؤه علىٰ صفة الحلاوة . **والقول الثاني** ـ أن القول قول المرتهن ؛ فإن الراهن يدّعي عليه أنه قبض قبضاً صحيحاً ، وهو منكر للقبض ، والأصل عدمه ، ولا حكم للقبض الذي اعترف به ؛ فإنه فاسد ليس قبضاً شرعياً ، فكأن لا قبض . وقيل : القولان يقربان من اختلاف الأصحاب في حد المدعي والمدعَىٰ عليه ، كما سيأتي في الدعاوىٰ .

ومن أصحابنا من قال : المدعي مَنْ يدعي أمراً خفياً ، والمدّعىٰ عليه من يذكر أمراً

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٣ .

جلياً . ومنهم من قال : المدعي من لو سكت تُرِك والسكوت ، والمدعىٰ عليه من لا يترك وسكوته . ووجه التخريج أن المرتهن لو سكت تُرك ، فهو المدعي إذاً ، والقول قول الراهن ؛ فإنه لو سكت لم يترك .

وإن قلنا : المدعي من يدعي أمراً خفياً ، فالمدعي هو الراهن إذاً علىٰ هـٰذا ؛ فإنه يدعي القبض المبرم ، والأصل عدمه . والمرتهن يدعي عدم القبض وهو الأصل .

ولو قال المرتهن : كنتُ شرطتُ الرهنَ ، وقد رهنتني خمراً إذْ رهنتني . وقال الراهن : بل رهنتك عصيراً . وهـٰذه المسألة مفروضة فيه إذا شرطا رهناً معيناً ، وفرض الوفاء به ، ثم قال المرتهن : العين التي شرطنا رهنها كانت خمراً . وقال الراهن : بل كانت عصيراً ، فهـٰذا يبتني علىٰ أن شرط الرهن الفاسد هل يُفسد البيعَ ؟ وفيه **قولان** سيأتي ذكرهما .

فإن قلنا : إنه لا يوجب فساد البيع ، فالتنازع في الوفاء بالشرط ، وعدم الوفاء به يخرّج على القولين ، والاختلافِ في حالة القبض . وهـٰذا بيّن .

وإن قلنا : شرط الرهن الفاسد يفسد البيع ، فالذي قالاه نزاع في فساد البيع وصحته ، وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا فيه إذا اختلف المتعاقدان في شرط مفسد ، فادّعاه أحدهما ونفاه الثاني . وقد استقصينا القول فيه في باب اختلاف المتبايعين .

فَرْعٌ : **٣٦٢٥ـ** سئل عنه **القاضي** فقيل : إن[1] اشترىٰ لبناً في قمقمة ، فصبه البائع في قمقمةٍ للمشتري ، فَعَلتْه فأرةٌ ، فاختلفا ، فقال المشتري : بعتني اللبن طاهراً[2] فوقعت/ فيه فأرة . وقال البائع ، لا بل كانت الفأرة في قمقمك . ي ١٧٧

فكان من جوابه أن قال : هـٰذا يخرّج على القولين في إقباض الخمر والعصير ؛ فإن المشتري يقول : أقبضتنيه نجساً ، والبائع يقول : بل أقبضتك طاهراً ، وحصلت النجاسة في يدك من قمقمك .

ولو قال البائع : كانت هـٰذه الفأرة في قمقمك . وقال المشتري : بل كان اللبن

(١) في (ت٢) ، (ص) : « فقال : من » .
(٢) طاهراً : أي علىٰ شرط الطهارة .

حالة العقد نجساً لكون الفأرة فيه . فهـٰذا نزاع في أن العقد عقد على الفساد أم لا ؟ وهو مناظر اختلاف المتبايعين في فساد العقد ، كما ذكرناه .

هـٰذا جوابه . وتفصيله :

فإن قيل : إذا قال المشتري في الصورة الأولىٰ : تنجس اللبن في يدك ، فهو ادّعاء انفساخ البيع . قلنا : نعم هو كذلك ، والعصير إذا استحال خمراً ، فهل نحكم بانفساخ الرهن .

فإن قيل : إذا كانت النجاسة في ظرف المشتري ، فاللبن ينجس بملاقاة النجاسة ، فليس ما ادعاه البائع إقباضاً على الصحة . قلنا : ليس كذلك ؛ فإن اللبن إذا حصل في فضاء الظرف ، ثبت له حكم القبض جزءاً جزءاً ، قبل أن يلقى النجاسة . هـٰذا بيان قوله .

فلينظر الناظر في ذلك .

فصل

قال : « ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير ؛ لأن هـٰذا ليس بتفرقة . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٦٢٦ـ التفرقة في البيع بين الأم وولدها الصغير حرام ؛ قال النبي عليه السلام : **« لا تُولَّه والدة بولدها »**[2] . ثم إن بيعت الجارية دون الولد ، أو بيع الولد دون الجارية ، وارتكب المتعاقدان محظور التفرقة ، ففي صحة البيع قولان ، سيأتي ذكرهما في كتاب السير ، إن شاء الله تعالىٰ ، وفيه نذكر حد الصغر المؤثر ، والتفريقَ

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ .

(٢) حديث : لا توله : أخرجه البيهقي في السنن : ٨/ ٥ من حديث أبي بكر بسند ضعيف ، وأبو عبيد في غريب الحديث : ٣/ ٦٥ . والتوليه أن تفارق الأم ولدها . من ولَّهَ الوالدةَ فرّق بينها وبين ولدها .

وقد صح في معنىٰ هـٰذا الحديث أحاديث أخرىٰ (ر . التلخيص : ٣/ ٣٦ ، ٣٧ ح١١٧٠ـ١١٧٣) .

المؤثر بين الوالد والولد ، ثم بين جميع المحارم .

وقدرُ غرضنا الآن أن صحة البيع الواقع علىٰ حكم التفرقة فيها **قولان** : **أحدهما** ـ وهو **الجديد** أن البيع باطل . **والثاني** ـ وهو **القديم** أن البيع صحيح .

قال **الشافعي** : لو رهن الأمَّ دون ولدها أو على العكس ، فالرهن صحيح ؛ لأن ذلك ليس بتفرقة بينهما .

واختلف أصحابنا في معنىٰ هـٰذا اللفظ ، فمنهم من قال : معناه أن الرهن لا يوجب التفرقة ؛ فإن منافع الأم للراهن ، فيجمع بين الأم وولدها ، ويكلفها احتضانه وإرضاعه . ومنهم من قال : معنىٰ قوله : إن ذلك ليس بتفرقة أن البيع منتظرٌ ، [فإذا مست الحاجة إليهِ ، لم يفرق بين الأم والولد ، فإذا ثبت صحة الرهن][1] فإذا مست الحاجة إلى البيع بأن حَلّ الدينُ ، فهل يجوز إفراد الأم بالبيع ـ والتفريع علىٰ أن التفريق مفسد للعقد ؟ علىٰ هـٰذا القول **وجهان** : **أحدهما** ـ أن البيع يبطل إذا تضمن التفريقَ ؛ طرداً للقياس . **والثاني** ـ لا يبطل ؛ لأن هـٰذا بيع قهري ، ولا يمتنع التفريق قهراً لأمر شرعي ، وهـٰذا كما لو كان للجارية ولد صغير حُر ، فبَيْعُ الأم جائز ، والحرية فرقت بين الأم والولد . كذلك اختصاص الرهن بالجارية يوجب تخصيصه بالبيع .

التفريع : **٣٦٢٧ـ** إن قلنا : تباع الجارية والولد عند مَحِل الدين ، وهو الذي نص عليه **الشافعي** ، فلا حظ للمرتهن في الولد ، وقد جرى البيع في الأم والولد ، فإذا أردنا توزيع الثمن على الجارية والولد ، فما وجه التوزيع ؟

هـٰذه المسألة تقتضي تقديم أخرىٰ عليها ، وهي بين أيدينا ، ولـٰكنا لا نجد بُدّاً من ذكرها الآن في غرضٍ لنا .

فنقول : من رهن أرضاً بيضاء ، وكان فيها نوىٰ ، فقبض المرتهن الرهنَ ، ثم أنبتت النوىٰ أشجاراً ، فلا سبيل إلىٰ قلعها ، ولـٰكن إذا حل الحق وبعنا الأرض والغراس ، فكيف يقبض الثمنَ المأخوذَ على الأرض والغراس ؟ اختلف أئمتنا في ذلك ، فقال بعضهم : تقُوّم الأرض بيضاء فإذا قيمتها مائة ، ثم نقوّمها مع الغراس ،

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

فإذا قيمتها مع الغراس مائةٌ وعشرون ، فقد زاد/ تقدير الضم علىٰ تقدير الانفراد في الأرض البيضاء بعشرين درهماً ، والعشرون من المائة والعشرين سدسها ، فنحفظ هـٰذه النسبة ، فإذا هي نسبة الأسداس ، فإذا بعنا الأرضَ والغراس وزّعنا الثمنَ على النسبة التي معنا ، فصرفنا خمسةَ أسداسه إلى المرتهن ، وصرفنا سُدسه إلى الغرماء الباقين . هـٰذا وجه .

١٧٧ ش

والوجه الثاني ـ أنا نقوّم الأرضَ بيضاء ، فإذا قيمتها مائة ، ونقوم الغراس في الأرض مفردة ، فإذا قيمتها خمسون ، فنضبط النسبة بأثلاثٍ ، فنوزع الثمن عليها ، فنصرف ثلثي الثمن إلى المرتهن ، وثلثه إلى الغرماء . فهـٰذا بيان الاختلاف في مسألة الأرض والغراس .

٣٦٢٨ـ عدنا الآن إلى الجارية وولدها وقد بيعا . وقد يحسن فرض هـٰذه المسألة إذا كانت الأم مفردة وليست ذات ولد ، أو بيعت دون ولدها ، وكان ثمنها أكثرَ لانفرادها ، وإذا بيعت مشتغلة بحضانة الولد ، فقيمتها أقل ، وعند ذلك يظهر التردد والاختلاف ، وقد اختلف أصحابنا في كيفية التوزيع ، فقال بعضهم : التوزيع على الأم والولد كالتوزيع على الأرض والغراس ، وفيه **وجهان** نعيدهما : **أحدهما** ـ أنا نقوم الأم وحدها فإذا قيمتها مائة . ونقوّمها مع الولد ، فإذا قيمتها عند الضم مائة وعشرون . فقد زاد سدس ، فليقع التوزيع على الأسداس . هـٰذا وجه .

والوجه الثاني ـ أنا نقوم الأم وحدها ، فإذا قيمتها مائةٌ ، ونقوم الولد وحده مضموماً إلى الأم ، فإذا قيمته وحده مع الأم خمسون ، فيظهر لنا نسبة الأثلاث . فليقع التوزيع كذلك . وهـٰذا بعينه ما ذكرناه في الأرض والغراس في الوجهين .

هـٰذه طريقة . وهي اختيار **الشيخ أبي علي** ، **والقاضي** .

وذكر **صاحب التقريب** هـٰذه الطريقة ، وذكر معها طريقة أخرىٰ واختارها ، فقال : ينبغي أن تقوم الأم مع الولد وهي حاضنة ، ويقوم الولد مع الأم ، ولا يفرد واحد منهما بالتقويم علىٰ تقدير الانفراد ، بخلاف مسألة الغراس ، والفرق أن الجارية رهنت وهي ذات ولد ، فاستحق المرتهن بيعها علىٰ نعت الضم ، وليس الأرض كذلك ؛ فإنها رهنت إذْ رهنت ولا غرس ، ثم حدث الغراس من بعدُ ، كما سنصوره على

الاستقصاء ، إن شاء الله تعالىٰ . ونحن قدرنا الأرض بيضاء في الوجهين جميعاً ، ورددنا الاختلاف إلىٰ كيفية اعتبار قيمة الغراس ، وهاهنا لا تعتبر قيمة الجارية وحدها لما نبهنا عليه . فليتأمله النّاظر ؛ فإنه حسن .

قال صاحب التقريب : نظير مسألة الغراس من الجارية ما لو رهنت ، ولم تك ذاتَ ولد ، ثم علقت بمولود رقيق ، وولدت فيطابق هـٰذا علىٰ صورة الغراس ؛ من حيث انعقد الرهن وتم والأم علىٰ نعت التفردِ ، كالأرض البيضاء ، فلا جرم [يجري][1] في التوزيع عند بيعها الخلافُ الذي ذكرناه في الأرض والغراس .

٣٦٢٩ـ ومن تمام البيان في هـٰذا الفصل : أن ما ذكرناه من المطابقة في التوزيع إنما يحسن وقعه وأثره إذا حُجر على الراهن ، أو مات والديون محيطةٌ مستغرقة ، واختلفت الأغراض في التوزيع ، فالكلام علىٰ ما ذكرناه .

ي ١٧٨ فأما/ إذا لم يفلس الراهن ، ولم يضق مالُه ، وبعنا الجارية والولد ، فعلى الراهن توفيرُ الدين كَمَلاً[2] ، ولا يكاد يظهر فائدة المسألة . هـٰكذا قال **الشيخ أبو علي** .

وهـٰذا فيه فضل نظرٍ يُبيّنُه كلامٌ : وهو أن المرهون إذا بيع في دين المرتهن ، فلو أراد الراهن أن يصرف طائفة من مالِه إلىٰ دين المرتهن سوى الثمن المحصّل من بيع الرهن فهل يسوغ ذلك أوْ لا ؟ والوجه القطع بجوازه ، كما لو أدى الدين ، وفك به الرهن ، فتَعَلُّقُ حقِّه بثمن البيع ، كَتَعَلُّق حقِّه بالمرهون قبل أن بيع .

ولو أراد أن يتصرف في ثمن الرهن قبل أن يؤدي حق المرتهن . لم يكن له ذلك . وإذا أراد أن يتصرف فيما يقابل الولد المضمومَ ، فله ذلك ، وثَمَّ القدر الذي يقابل به الولد فيه الاختلاف المقدم .

ولاح بهـٰذا أن أثر الخلاف قائم في حق المطلَق قيامَه في حق المحجور . والغرض أن نبيّن أن متعلَّق الرهن [والوثيقة][3] من الثمن المحصل من الجارية والولد كم ؟ فإذا

---

(١) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .
(٢) كملاً : كاملاً .
(٣) في الأصل كلمة بهـٰذا الرسم (السعه) وبدون نقط . ولم أدر لها معنىً إن كان . والمثبت من (ت٢) ، (ص) .

بانت الكمية ، ظهر أمرُها عند الحجر في الفضّ[١] على الغرماء ، وعلى المرتهن . ويظهر أثرها حيث لا حجر في تصرف الراهن فيما يزيد علىٰ مقدار الرهن .

فصل

قال : « ولو ارتهن نخلاً مثمراً ، فالثمر خارج من الرهن . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٣٦٣٠ـ إذا رهن نخيلاً عليها الثمار ، واقتصر علىٰ تسمية النخيل ، ولم يسم الثمار نافياً ولا مُثبتاً ، نُظر : فإن كانت الثمار مؤبّرة ، فلا شك أنّها لا تدخل في مطلق تسمية النخل ؛ فإنها لا تدخل في تسميتها في عقد البيع علىٰ قُوّته ، فلأن لا تدخل في حكم الرهن تحت الأشجار أولىٰ ، وإن كانت النخيل مُطْلِعَةً ، ولٰكن لم تكن مؤبرة ، فقد ذكرنا في كتاب البيع أنها تدخل تحت تسمية النخيل في البيع المطلق ، وهل تدخل في حكم الرهن تحت تسمية النخيل ؟ ظاهر المذهب أنها لا تدخل .

والرهنُ في ذلك يخالف البيعَ ، والفارق أن البيع يزيل الملك في الأصل ، فلا يبعد أن يقوىٰ على الاستتباع . والرهن لا يقطع ملك المالك عن الأصل ، ولا يرفع سلطانه ، وكأنه موعد في دوام الملك أوجب الشرع الوفاء به ، فاختص وجوب الوفاء بمورده المسمىٰ ، ولذلك لا يتعدى الرهنُ إلى الزوائد التي ستحدث في مستقبل الزمان ، والملك في البيع يُثبت للمشتري حق الملك فيما يتجدد .

وخرّج طوائف من الأئمة قولاً آخر في الرهن ، وهو أن الثمار تتبع تسمية النخيل إذا لم تكن بارزة[٣] ، قياساً على البيع ، وذلك لأنا لم نُتْبِع الثمارَ النخيلَ في البيع لقوة البيع ، ولٰكنا رأينا الثمار الكامنة جزءاً متصلاً كامناً ، واعتقدنا اللفظ شاملاً . وهٰذا يستوي فيه القوي والضعيف .

وهٰذا القول منقاسٌ ، وهو مأخوذ من أصلٍ مع القول الأول ، وهو أن من باع

---

(١) الفض : التوزيع والتقسيم .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ .
(٣) في (ص) : مؤبرة .

حاملاً ، ثبت الحمل مستحقاً للمشتري ، والتردد في أنه هل يقابله قسط من الثمن أم لا .

ولو رهن جارية حاملاً ، ففي تعلق حق الوثيقة بالحمل الموجود حالة الرهن قولان . والرأي ترتيب الثمار غيرِ المؤبرة على الحمل ، فإن قضينا بأن الرهن لا يتعلق بالحمل ، فلأن لا يتعلق بالثمار أولىٰ ، وإن قلنا : يتعلق الرهن بالحمل ، ففي تعلقه بالثمار قولان . والفرق أن الحمل لا يقبل التصرف على الانفراد ، [فكان حريّاً بالتبعية والثمار تقبل التصرف على الانفراد][1] .

٣٦٣١ـ ومسائل الحمل ستأتي إن شاء الله تعالىٰ .

ولـٰكنا نعجل منها شيئاً ، فنقول : إن قلنا : رهن الجارية الحامل لا يتناول الحملَ ، فلو قال : رهنتها مع حملها ، ففي هـٰذا تردد للأصحاب ، والظاهر أن رهن الجارية لا يتعلق بالحمل ؛ فإنه إذا لم يمتنع ، فتقدير الانفراد فيه بالذكرِ لا وجه له ؛ إذ لو ساغ ذلك ، لجاز إفراده بالرهن دون الأم .

وهـٰذا/ الرمز الآن كافٍ . وسنعود إليه عند ذكرنا مسائل الحمل ، إن شاء الله تعالىٰ . ش ١٧٨

فَصْلٌ

قال الشافعي بعد تقرير المذهب في أن الرهن أمانة : « **وإذا رهنه ما يفسدُ من يومه . . . إلىٰ آخره** »[2] .

٣٦٣٢ـ أما القول في أن الرهن أمانة ، فسيأتي في باب معقود ، إن شاء الله تعالىٰ .

ونحن نذكر الآن تفصيلَ المذهب في رهن ما يتسارع إليه الفساد ، فنقول : إذا رهن الفواكه الرطبة وغيرَها مما يتسارع إليه الفساد ، نظر : فإن رهنها بدين حالٍّ ، صح ، ثم إن أدى الدين من موضع آخر ، فذاك . وإن اتفق بيعُها في الدين ، وصرف ثمنها إليه ،

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ .

فهو المراد . وإن لم يتفق الصرف إلى الدين ، وأشرف المرهون على الهلاك ، فلا خلاف أنه يباع ، ويوضع الثمن رهناً مكانه ؛ إذ لا طريق إلى استيفاء الحق إلا هٰذا الطريق ، والرهن يتضمن توثيقاً ، فإذا أشرف محلُّ الوثيقة على الهلاك ، ولو هلكت ، لضاعت الوثيقة ، فالوجه في تبقية الوثيقة البيعُ ووضع الثمن رهناً مكان المبيع .

٣٦٣٣ـ وإن رهن ما يتسارع إليه الفساد بدين مؤجل ، نظر : فإن عرفنا أن حلول الأجل يتقدم علىٰ فساد المرهون ، صح الرهن ، وكان كما لو رهن بدين حالّ ، وانتظم الترتيب علىٰ ما ذكرناه . وإن عرفنا أن الفساد يسبق حلولَ الأجل ، فتنقسم المسألة أقساماً :

منها أن يرهن ويشترط البيع عند الإشراف على الفساد ، فإن كان كذلك ، صح الرهنُ ، ولزم الوفاء بالشرط إذا مست الحاجة إليه ، فإذا أشرف على الفساد ، بيع ووضع الثمن رهناً .

ومن الأقسام أن يرهن ويُقرن[1] [الرهن][2] بشرط أن لا يباع عند ظهور الفساد ، فإن كان كذلك ، فالرهن فاسد ؛ فإنّ شرط تبقيته يتضمن فساده ، وهو مناقض للتوثق ، فجرى الشرط مخالفاً لوضع الرهن .

ومن أقسام المسألة أن يطلق الرهن من غير تعرض لشرط البيع أو نقيضه ، فإذا كان كذلك ، ففي المسألة **قولان منصوصان** : **أحدهما ـ** أن الرهن صحيح ، ومطلقه محمول على البيع عند الحاجة ووضع الثمن رهناً . **والقول الثاني ـ** أن الرهن فاسدٌ ، ومطلقه محمول علىٰ تبقية الرهن ، وإن كان يفسد ، فهو كما لو قيَّد بأن لا يباع .

فإن قيل : أليس لو رهن ما يتسارع إليه الفساد بدين حال ، كان صحيحاً قولاً واحداً . وإذا مست الحاجة إلىٰ بيعه ووضع ثمنه رهناً ، بيع ، ولم يختلف في ذلك ، والرهن مطلق في الموضعين ، فما الفاصل ؟ قلنا : إذا كان الدين مؤجّلاً ، فحكم الرهن التبقية في حال سقوط المطالبة بالدين .

---

(١) في (ص) كلمة غير مقروءة ، رسمها هٰكذا (بعرفیٰ) وفي (ت٢) : (يقرب) .
(٢) زيادة من المحقق ، رعاية لوضوح العبارة .

هـٰذا حكم الإطلاق في الرهن بالدين المؤجل . فكان تردد القول لذلك . وإذا كان الدين حالاً فالطَّلِبة حاقّة ، لا تأخيرَ فيها يُشعر بتبقية الرهن إلىٰ ثبوت الطلبة .

ولو كان المرهون بالإضافة إلى الأجل بحيث لا يقطع بفساده قبل الحلول ، وكان لا يقطع ببقائه أيضاً ، وتردد الاحتمال ، ففي جواز الرهن المطلق من غير تقييد بالبيع عند الإشفاء على الهلاك **قولان** ، مرتبان على القولين فيه إذا كان يهلك المرهون قبل الأجل لا محالة . وهـٰذه الصورة أولىٰ بالصحة من الأولىٰ . ووجه الفرق بيّن .

ي ١٧٩ وقد كنا بنينا رهن المعلّق عتقُه بصفة توجد قبل حلول الأجلِ علىٰ رهن/ ما يتسارع إليه الفساد قبل حلول الأجل ، وخرّجنا صحة الرهن علىٰ **قولين** . قال **صاحب التقريب** : إذا فرعنا علىٰ قول صحة الرهن ، فقربت الصفة ، وكاد العتق أن يقع ، بعناه بَيْعَنا الطعامَ المشرفَ على الفساد . وإذا كان الأصل كالأصل ، فالتفصيل كالتفصيل .

وإذا رهن ما لا يتسارع إليه الفساد ، فطرأ بعد لزوم الرهن سببٌ يقرّبه من الهلاك قبل حلول الأجل ، فطريان ذلك لا يوجب انفساخ الرهن وفاقاً .

وإن منعنا رهنَ ما هـٰذه صفته ابتداءً علىٰ أحد القولين ، وتسرُّعُ[1] الفساد طارئاً ومقارناً ـ علىٰ منع الرهن ابتداء ـ يضاهي إباق العبد ، فإذا اقترن ، منَعَ ، وإذا طرأ ، لم يتضمن انفساخ العقد .

فَرْعٌ : **٣٦٣٤ـ** إذا صح الرهن ، ولزم في عين ثابتة لا يخشىٰ فسادها ، فقال الراهن : نقلتُ حقك في الوثيقة من هـٰذه الرقبة إلىٰ هـٰذا العبد ، فقال المرتهن : رضيت . ذكر أصحابنا في ذلك **وجهين** :

أحدهما ـ أن هـٰذا يلغو ، والوثيقة لا تنتقل ، ورضا المرتهن لايتضمن فسخَ الرهن .

والوجه الثاني ـ أنها تنتقل وتقرُّ في العبد الثاني ، وما جرىٰ بينهما يتضمن فسخاً للرهن الأول ، وإعادةً له في المحل الثاني .

---

(١) كذا في النسخ الثلاث : « وتسرّع » بالواو ، وعليه يكون جواب الشرط « وإن منعنا » قوله : « فإذا اقترن . . . » .

وأخذ العلماء هـٰذا الخلافَ من رهن ما يفسد قبل الأجل . ووجه الأخذ منه أَنَّ الرهن فيما يفسد تضمن نقل الوثيقة إلىٰ عوضِ المرهون بتقدير البيع . فقالوا : إذا كنا نجوز ذلك ، فما يمنع من نقل الحق اختياراً من محل إلىٰ محل وهـٰذا غير سديد ؛ فإن بيع ما يفسد مستحق شرعاً وإقامة الأثمان والقيم مقام الأصول قاعدة ممهدة في الشرع ، فأما نقل حق مستقر من محل إلىٰ محل ، فليس له أصل من غير حاجة ، ولا ضرورة ، وليس النقل والرضا مشعراً بالفسخ والإعادة على التحقيق ، وليس كما لو قال لمالكِ عبدٍ : أعتق عبدَك عني ؛ فإن هـٰذا من ضرورته تقديم نقل الملك ، فكان ضمناً لاستدعاء العتق . وأما نقل الوثيقة ، فمبنيٌّ على اعتقاد إبقاء الرهن الأول ، مع نقل موجبه ، وعلىٰ هـٰذا يخرّج[1] انتقال الوثيقة من المثمن إلى الثمن ، فالوجه إفساد الرهن من عين إلىٰ عين .

فَرْعٌ : **٣٦٣٥ـ** إذا رهن ما لا يفسد ، ثم طرأ عليه ما يقرّبه من الفساد قبل القبض ، وقلنا : لا يصح رهن ما هـٰذا وصفه ، ففي انفساخ الرهن وجهان مبنيانِ على الوجهين في نظائر هـٰذا ، كطريان الجنون والموت ، وطريان جناية المرهون . والتفريع علىٰ منع رهنه .

ولو قُتل العبد المرهون قبل القبض ، ففي تعلق حق الوثيقة بقيمته الواجبة على المتلف الوجهان المذكوران ؛ فإن القيمة تقع ديناً ، والديون لا ترهن ، ولـٰكن إن جرىٰ ذلك بعد تأكُّد الرهن بالقبض احتُمل على ارتقاب أن تستوفى القيمة وتعيّن .

ثم من يقول من أئمتنا إذا استحال العصير خمراً ، زال الرهن ثم يعود إذا تجددت الحموضة ، ما أراه يطلق القول بأن الرهن يزول بانقلاب المالية في عين الرهن ديناً ؛ فإن حقيقة المالية باقية . والقول في هـٰذا محال . هـٰذا إذا كان بعد القبض .

فأما إذا جرى الإتلاف قبل القبض ، ففي انفساخ الرهن ما ذكرناه .

ولو صادف الرهن عيناً ثابتة ، فعرض لها بعد القبض عارضٌ يدنيها من الفساد ، فقد

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : يجري .

تمهد أن الرهن لا ينفسخ ، وقطع الأئمة بأنه يستحق بيعه ووضع ثمنه رهناً . وكان **شيخنا** يقول : إذا كان إتلاف المرهون يتضمن نقلَ حق المرتهن إلى القيمة ، فيتبين أن حقه المستحَق غيرُ منحصر في العين ، فعلى/ هـٰذا يكون [الإشفاء][1] على الهلاك بمثابة إتلاف المرهون من ضامن . ش ١٧٩

فصل

قال : « ولو رهنه أرضاً بلا نخل ، فأخرجت نخلاً . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٦٣٦ـ إذا كان الراهن دفن أعداداً من النوىٰ ، ورهن الأرض البيضاء قبل أن تنبت النوىٰ فنبتت ، فليس للمرتهن القلعُ ؛ فإن الرهن ورد على الأرض وفيها النوىٰ . ولـٰكن إن كان عالماً بذلك ، فليس له فسخ البيع الذي الرهنُ شرطٌ فيه . وإن كان جاهلاً ، ثم تبين ، فله فسخ البيع الذي الرهن شرط فيه ، من قِبل أَنَّه حسب أن الساحة البيضاء [تَسْلَم][3] لحق وثيقته ، فإذا بان أنها مشغولة ، فذلك نقصٌ ، فيترتب عليهِ ثبوت الفسخ في البيع . وسيأتي أصل ذلك بعد هـٰذا ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٦٣٧ـ ولو غشَّى السيلُ الأرضَ المرهونة ، وكان في جميعها نوىٰ ؛ فنبتت ، فلو قال المرتهن : أقلعُه ؛ فإنه لم يكن ، وإنما حدث بعد لزوم الرهن ، لم يكن له القلع قبل حلول الدين ؛ إذ لا ضرر عليه في الحال ، ولا حاجة إلىٰ بيع الساحة . وإذا حل الحق ، نُظر : فإن كان في قيمة العرصة لو بيعت مع النخيل وفاءٌ بالدين[4] ، بيعت العرصة ، ولم يقلع النخيل ، وإن لم يكن فيها وفاء ، ولو قلعت دون النخيل ، وفت بالدين ، ولم يؤدّ الراهن الدينَ من جهة أخرىٰ ، فيقلع الغراس لحق المرتهن ، وإن

---

(١) في الأصل : الانتفاع .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ .
(٣) في الأصل ، (ت٢) : « سلم » والمثبت من (ص) .
(٤) في النسخ الثلاث اضطراب في هـٰذه العبارة ، بتقديم وتأخير بعض الكلمات . صوابها ما أثبتناه .

كان القلع مضرّاً بالراهن ؛ من قبل نقصان الغراس بالقلع ، فالسبب فيه أن الراهن التزم الوفاء بحق الوثيقة في الأرض البيضاء ، فلزمه أن يفي بما التزمه .

هٰذا إذا لم يكن على الراهن دين يوجب اطراد الحجر عليه ، فأما إذا ركبته الديون ، واطرد عليه الحجر ، والمسألة حيث انتهت ، فلا سبيل إلىٰ قلع الأشجار رعايةً لحق الغرماء .

فإن قيل : حق المرتهن سابق وفي تبقية الغراس تنقيصُ حقه السابق . قلنا : نعم ولٰكن [حق][1] الغرماء صادفَ الأشجار ، وتعلق بها ، وليس للمرتهن إلا وثيقة ، فلا ينبغي أن يُحبط حقوق الغرماء والمالك بالكلية .

والذي يقتضيه الإنصاف بيعُ الأرض مع الغراس ، ثم في كيفية التوزيع على الأرض والغراس خلافٌ بين الأصحاب ، ذكرناه في مسألة بيع الجارية وولدها .

٣٦٣٨ـ قال الأئمة : إذا رهن الرجل أرضاً بيضاء ، وأقبضها ، ثم أراد أن يغرسها ابتداء ، فهل يمنع من ذلك والدين مؤجل ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ لا يمنع ، كما لا يقلع ما نبت من حميل السيل . **والثاني** ـ يمنع ؛ فإن هٰذا إثبات تنقيصٍ في الحال علىٰ سبيل الاختيار . ثم إن لم نمنعه ، فالكلام في القلع عند حلول الدين كما تفصَّل .

وإن كنّا نمنعه من الغراس ، فلو غرس ، ونبت فهل يقلع عليه قبل حلول الأجل ؟ فيه اختلاف ، توجيهه قريب من توجيه الوجهين في أصل المنع . فإن قلنا : إنه مقلوع ، فلاشك أنه يقلع عند المحِل إذا لم يكن على الراهن حجر . وهل يقلع إذا كانت عليه ديون واطرد الحجر ؟ فعلىٰ **وجهين** . ولا يخفى الفرق بين هٰذا وبين ما لو نبتت النخلات من نوىٰ في حميل السيل ؛ فإن ذلك جرىٰ ولا منع يقترن به ، بخلاف ما فرعناه في ابتداء الغرس قصداً من الراهن .

---

(١) ساقطة من الأصل .

فَصْلٌ

قال : « ولو رهنه أرضاً ، ثم اختلفا ، فقال : أحدثت فيها نخلاً . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٦٣٩- إذا صادفنا أرضاً مرهونة ، وفيها نخيل ، فقال المرتهن للراهن : رهنتني الأرضَ والنخيل القائمةَ فيها يوم رهنتني . وقال الراهن : بل رهنتك الأرض بيضاء ، وأحدثتَ هـٰذه النخيل بعد الرهن ، ولم تكن موجودة حالة الرهن . فإن كانت المشاهدة تكذب المرتهن ؛ بأن تقدّم تاريخ الرهن وامتد سنين ، والنخيل بعد فَسِيلٌ لا يخفىٰ أنها نبات سنة ، فالمرتهن مكذَّب ، ولا حاجة إلى اليمين .

وإن كانت المشاهدة تكذِّب الراهن بأن كان النخيل باسقة ، وتاريخ الرهن قريب ، فالمشاهدة كذبت الراهنَ في دعواه/ عدمَ النخيل عند الرهن . ولـٰكن لا تنفصل معه الخصومة بهـٰذا ؛ إذْ لم يثبت إلا وجود النخيل حالة الرهن ، ولا يمتنع أن تكون موجودة ، ولا تكون مرهونة ، فتتوجه الدعوىٰ عليه بالرهن ، فإن أصر علىٰ قوله الأوّل ، لم يقبل منه ، والمشاهدة تكذبه ، ويجعل منكراً ، وتعرض عليه اليمين ، فإن تمادىٰ في محاله[٢] الأول ، جُعل ناكلاً ، وفصلت الخصومة بطريقها . وإن اعترف بالوجود آخراً ، وأراد أن ينكر الرهن ، قُبل منه الإنكار ، وكَذْبتُه الأولىٰ لا تسدّ عليه إنكارَ الدعوىٰ ، ثم تُدَارُ الخصومة علىٰ نظمها .

وإن كانت النخيل بحيث يحتمل أنها كانت يوم الرهن ، ويحتمل أنها حدثت بعده بأيام ، فالقول قول الراهن في نفي الرهن .

ولو اقتصر علىٰ نفي وجود النخيل وكان انتفاؤها ممكناً ، فالأظهر أنه يُكتفَىٰ منه بإنكار الوجود ؛ فإنّ في إنكار الوجود إنكارَ الرهن المدّعىَ . والمسألة مفروضة فيه إذا

ي ١٨٠

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ . وفي المختصر : « ولو رهنه أرضاً ونخلاً . . . » .
(٢) أي إصراره على المحال الذي ادعاه وكذبته المشاهدة .

قال المرتهن : كانت موجودة ، فرهنتَها مع الأرض . ولهٰذا نظائر فيها ترددٌ للأصحاب . ستأتي في كتاب الدعاوىٰ .

ولو قال المرتهن : رهنتني هٰذه الأشجار ، ولم يتعرض لوقت رهنها ، ولم يذكر اقترانَها ولا تأخرها ، فلا ينفع ، والدعوىٰ علىٰ هٰذه الصيغة تعرض الراهن لتقدم وجود النخيل وتأخرها ؛ فإنه لا يمتنع رهنها ، وإن تأخرت . والمرتهن إنما يدعي الرهن المطلق ، وهٰذا بيِّن إذا لم يكن الرهن مشروطاً في بيع .

فأما إذا كان الرهن مشروطاً في بيع وصيغة الدعوىٰ كما تقدمت ، قال المرتهن : رهنتها مع الأرض يوم رهنتني الأرض . وقال الراهن : لم تكن النخيل موجودة يوم رهن الأرض ، وكانت المشاهدة لا تكذبه ، وقد ربطا قوليهما ببيعٍ ، فقال المرتهن : شرطتَ رهن الأرض والنخيل . فإذا قال الراهن : لم تكن النخيل ، فقد ذهب المحققون إلىٰ أن هٰذا الاختلاف ليس مما يوجب التحالف في البيع ؛ فإن حاصله راجع إلى التنازع في وجود النخيل وعدمها . والتحالف إنما يترتب علىٰ تنازع في صفة عقدٍ ، يتصور التصادق عليها .

وهٰذا حسن دقيق .

والظاهر عندي أنهما يتحالفان ؛ فإنَّ المرتهن ادعىٰ شرط رهن ممكن ، وأنكر الراهن الشرط ، وعلله بعلة ، فالتنازع في صفة العقد قائم ، فليجر التحالف .

وإن اتفقا علىٰ وجود النخيل ، وقال المرتهن : شرطنا في البيع رهنَ الأرض والنخيل ، وقال الراهن : لم نشترط إلا رهنَ الأرض ، ولم يتعرضا لنفي وجود النخيل ، بل توافقا عليه ، فهٰذا اختلافٌ في صفة العقد لا محالة ، فيتحالفان ويتفاسخان العقد .

ولو قال المرتهن : لِمَ نتحالف ، وأنا معترف بأنك وفَّيت بالرهن المشروط في النخيل ، فاختلافنا في الرهن ؟ قيل له : هٰذا أمر تبنيه أنت[1] فرعاً علىٰ أصل ، والراهن منكرٌ لأصل الشرط ، فلا بُدّ من التحالف .

---

(١) ساقطة من (ت٢) .

فَصْلٌ

قال : « ولو شرط للمرتهن إذا حل الحق ، أن يبيعه ، لم يجز أن يبيع بنفسه ، إلا بأن يحضره ربُّ الرهن . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٦٤٠ـ إذا حلّ الحق ، فقال الراهن للمرتهن : بع لي واستوفِ ثمنَه لي ، ثم استوفه لنفسك . فإذا باع ، نفذ البيع بالإذن ، ثم إذا استوفى الثمنَ ، وقع الثمن للراهن ، ويكون أمانةً بعدُ في يد المرتهن ، فإن أراد استيفاءَه لنفسه ، فلا بد من وزنٍ جديد إن كان موزوناً [أو كيل جديد إن كان مكيلاً][٢] فإن وزنه ثانياً ، فهل يصح الاستيفاء علىٰ هـٰذا الترتيب ؟ فعلىٰ وجهين ، تقدم ذكرهما في كتاب البيع ، فإنْ صححنا الاستيفاء ، دخل في ضمانه ، وبرئت ذمة الراهن من الدين . وإن لم نصحح[٣] الاستيفاء ، فما قبضه على الفساد مضمون عليه ، وإن لم يكن مقبوضاً على الصحة عن جهة حقه ، فالدين باق في ذمة الراهن .

ومن تمام التفريع في ذلك أنا إذا صححنا الاستيفاء ، فالذي ذكره الأصحاب أنه لا بد من إنشاء فعلٍ فيه ، وليس كما لو رهن الوديعة عند/ المودَع ؛ فإنا في قولٍ ظاهر نكتفي بدوام يده ، كما تفصّل ذلك ، وهاهنا لا بد من فعلٍ في الاستيفاء . وتعليله واضح ؛ فإن الاستيفاء إنما يصح بناء علىٰ إذن الراهن ، ولفظُه في الإذن « ثم استوف منه حقك » وهـٰذا تصريح بإحداث أمر . (ش ١٨٠)

٣٦٤١ـ ولو قال : « بعه لي واستوف الثمن لي ، ثم أمسكه لنفسك » ، فالظاهر أنه لا بد من فعلٍ في القبض ، كما تقدم .

ومن أصحابنا من أقام الإمساك علىٰ قول صحة القبض مقام الاستيفاء إذا كان الاستيفاء مأذوناً فيه .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ . ولفظ المختصر : « أن يبيع لنفسه » وسيأتي ـ بعد قليل ـ في تأويل كلام الشافعي ما يرجح كونها (باللام) ، وانظر (ص ١٧٩) .

(٢) زيادة من (ص) ، وانظر في هـٰذه المسألة الروضة : ٤/ ٨٨ ، ٨٩ .

(٣) في الأصل : وإن لم يصح .

وإذا قلنا : الاستيفاء لا يصح ، ثم جعلنا قبضه على الفساد مُدخلاً للثمن في ضمانه ، فلو لم يوجد منه فعلٌ ، والمأذون فيه الاستيفاء ، ولـٰكن نوىٰ أن يمسكه لنفسه ، فهـٰذا لا يدخله في ضمانه ؛ فإن اليد يد أمانة ، والأمانات لا تزول بمجرد النيات . ولو نوى المودَع تغييب الوديعة ، ولم يُحدث أمراً ، لم يضمن بمجرد النية .

ولو قال الراهن : بعه لي واستوفِ ثمنه لنفسك ، صح البيع ، ولم يصح الاستيفاء ؛ فإن الغير يستحيل أن يستوفي حقه قبل ثبوت القبض الصحيح لمن يقع الاستيفاء من جهته ، وقد مهدنا هـٰذا في البيع .

وإن قال الراهن للمرتهن : « بعه لنفسك » ، فباع ، فظاهر النص وما ذكره **العراقيون** ، واختاره **القاضي** أن البيع يفسد ؛ لأنه لا يتصور أن يبيع الإنسان مال الغير لنفسه .

وذكر **صاحبُ التقريب** قولاً آخر ارتضاه لنفسه : أن البيع صحيح بناء علىٰ قوله : بعه ، والفساد في قوله : لنفسك ، فليستقل البيع بالإذن فيه .

وهـٰذا وإن كان منقاساً ، فالمذهب ما قدمته .

٣٦٤٢ـ ولو قال الراهن للمرتهن : « بعه » . ولم يقل : بعه لي ، ولا لنفسك . هـٰذا موضع الاختلاف الظاهر بين الأصحاب ـ ولا عود إلىٰ ما ذكره **صاحب التقريب** ـ فمن أصحابنا من قال : يجوز له أن يبيع كالأجنبي يقول له مالك العبد : بعه . ومن أصحابنا من قال : لا ينفذ بيع المرتهن . وهـٰؤلاء عللوا امتناع البيع بعلتين : **إحداهما** ـ أن البيع مستحَقٌّ للمرتهن بعد حلول الحق ، والمسألة مفروضة في هـٰذا ، والدليل علىٰ أن البيع مستحق للمرتهن أنه لو أذن المرتهن للراهن في البيع مُطلقاً ، والحق حالّ ، فالبيع يقع للمرتهن ، حتىٰ لو أراد الراهن صرفَ الثمن إلىٰ جهة أخرىٰ ، لم يجد إليه سبيلاً . فإذا كان البيع مستحقاً للمرتهن ، فالإذن المطلق إذا اقترن باستحقاق البيع في حق المرتهن ، نازلٌ منزلة الإذن المقيد بالبيع في حق المرتهن ، فإذا قال : « بعه » ، فكأنه قال : بعه لنفسك . هـٰذا إحدى العلتين .

والعلة الأخرىٰ أن المرتهن متهم في ترك النظر ؛ فإنه يبغي الوصولَ إلىٰ حق نفسه ، فقد يستعجل ذلك ، فلا يبالي بترك النظر للرّاهنِ ، وليس كالوكيل المطلق ؛ فإنه لا حقّ له في البيع ، فيبيع لغرض الموكِّل طالباً مصلحته .

ولو قال من عليه الدين لمستحق الدين : « بع هـٰذا الثوب » ، ولم يكن مرهوناً ، « وخذ حقك من ثمنه » . أمّا البيع ، فصحيح ؛ فإن بيع ذلك الثوب [ليس][1] مستحقاً له ، فهو فيه كسائر الغرماء . وبيعه لا يقع إلا بحكم الوكالة .

ثم فَرّع الأصحاب على العلتين المذكورتين في توجيه أحد الوجهين ، فقالوا : إن كان الدين مؤجّلاً ، فقال الراهن للمرتهن : « بعه » ، فهـٰذا يخرّج على المعنيين ؛ فإن منعنا البيع عند حلول الحق لكون البيع مستحقاً على التحقيق الذي مضىٰ ، فهـٰذا المعنىٰ مفقود قبل حلول الأجل ؛ فإن البيع غيرُ مستَحق للمرتهن ، والدليل عليه أن المرتهن لو قال/ للراهن قبل حلول الأجل : « بعه » ، نفذ البيع ، وبطل حق المرتهن ، كما مضىٰ تفصيله . هـٰذا إن عللنا بالاستحقاق . ي ١٨١

وإن عللنا بكون المرتهن متَّهماً ؛ من جهة استعجال الحق ، فهـٰذا المعنىٰ قبل الحلول مفقود أيضاً ؛ فإنه إنما يبيعه بإذنٍ مُطلقٍ ، (٢ والبيع بإذنٍ مطلق ٢) قبل حلول الأجل يفك الرهنَ .

وإن قال قبل حلول الأجل : « بعه واستوفِ حقك » ، على التفاصيل المقدّمة ، فتتحقق التهمة ، ويخرج وجهان ؛ فإن عللنا بالاستحقاق ، فلا استحقاق . وإن عللناه بالتهمة ، فهي قائمة .

وإن قدَّر الراهن ثمناً للمرتهن ، فقال : « بعه بكذا » ، فإذا باع بذلك المقدار ، فقد زالت التهمة .

فإن عللنا فساد البيع بالتهمة ، صح . وإن عللنا بالاستحقاق ، لم يصح .

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت٢) .

فإن قيل : ما وجه التعلّق بالتهمة ، وثمن المثل معلوم ، فينبغي أن نقول على اعتبار التهمة : إن باع بثمن المثل ، صح . وإن باع بأقل منه ، لم ينفذ ؟

قلنا : وراء ثمن المثل تهمة ؛ فإن الشيء قد يطلب بأكثر من ثمن مثله ، فيبيعه المتهم بثمن المثل . وسر هـٰذا يأتي في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالىٰ .

هـٰذا بيان الوجهين وتفريعهما .

ثم لفظ **الشافعي** دليل علىٰ أن البيع بالإذن المُطلق باطل من المرتهن عند حلول الأجل ؛ فإنه قال في صدر الفصل : « **لو شرط المرتهن إن حل الحقُّ أن يبيعه ، لم يجز أن يبيع بنفسه**(١) » ، فظاهر النص منعُ البيع عند إطلاق الإذن .

ومن قال بالوجه الثاني ، وهو القياس ، أوّل النص ، وقال : قوله : « **لم يجز أن يبيعه لنفسه** » معناه لم يجز أن يبيعه من نفسه ؛ فإنَّ تولِّي طرفي العقد لا يسوغ من الوكيل .

٣٦٤٣ـ ومما يتفرع علىٰ ما ذكرناه أن الراهن لو أذن للمرتهن في البيع مطلقاً عند حلول الحق ، فباعه ، والراهن حاضر ، فمن راعى التهمة ، نفذ العقدَ ، ومن راعى الاستحقاق ، لم يفصل بين البيع في الحضرة وبين البيع في المغيب ؛ لجريان الاستحقاق في الموضعين . ولفظ **الشافعي** في صدر الفصل يدل علىٰ صحة البيع بحضرة الراهن ؛ فإنه قال : « **لم يجز أن يبيع بنفسه إلا بأن يحضره ربُّ الرهن** » .

ومن منع البيع مع حضوره ، وسلك مسلك الاستحقاق ، أوّل النص ، وقال : فيه إضمار كلامٍ ، والتقدير : لم يجز أن يبيعه المرتهن إلا أن يحضره الراهن فيبيعه(٢) .

---

(١) اعتمد الإمام هنا وفي أول الفصل رواية (الباء) : « بنفسه » ، وبها جاءت النسخ الثلاث . ثم عند حكاية الوجه القائل بتأويل نص الشافعي ـ في الأسطر التالية ـ اعتمد رواية (اللام) : « لنفسه » فهي التي ينساغ التأويل عليها .

وقد أشرنا في تعليقنا أول الفصل أن المختصر المطبوع بأيدينا اعتمد رواية (اللام) : (لنفسه) .

(٢) أي فيبيعه الراهن .

وهٰذا على التحقيق استثناء من غير الجنس كما يعرفه ذو الحظ من الأصول .

وبنىٰ بعض أصحابنا الوجهين في الصحة والفساد حيث تتطرق التهمة علىٰ وجهين ، سيأتي ذكرهما في الوكالة ، إن شاء الله تعالىٰ .

وذلك إذا وكل الرجل وكيلاً ببيع ماله ، فباعه الوكيل من أبيه أو ابنه ، ففي صحة بيعه وجهان ، وسببهما تمكن التهمة من الوكيل في بيعه من أبيه أو ابنه .

هٰذا كله في إذن الراهن في البيع ، وترديد القول في إطلاقه وتقييده .

٣٦٤٤ـ ومن بقية الكلام في الفصل أَنَّ الراهن عند حلول الحق لو أراد أن يستقلّ ببيع المرهون ، وصرف ثمنه إلى المرتهن ، لم يكن له ذلك أبداً ، فإن طابقه المرتهن ، فذاك ، وإلا لا خلاص له إلا بأن يرفع الأمر إلى القاضي ، ثم القاضي يقول للمرتهن : ائذن في بيعه ، وخذ حقك ، كما مضىٰ ، أو أبرئه عن حقك .

ولو سلطنا الراهن على الاستقلال بالبيع ، لبطل أثر التوثق ، وحبسُ المرتهن ، ومنعُه من التصرف . ولو أراد المرتهن أن يبيع الرهن بنفسه ، فإن أمكنه مراجعةَ الراهن ، واستيفاءَ الحق منه ، فليس له أن يستقل بالبيع . وإن غاب الراهن ، أو جحد ، ولا بينة ، وتعذر استيفاء الحق منه ، فقد قطع الأصحابُ بتنزيل المرهون ، والحالة هٰذه منزلَة شيء/ يظفر به مستحِق الدين من مال من عليه الدين . وفيه تفصيلٌ واختلافُ قول سيأتي في كتاب الدعاوىٰ ، إن شاء الله تعالىٰ . فإن قيل : فلا أثر للرهن إذاً ، إذا كان لا يسلطه على البيع قولاً واحداً . ش ١٨١

قلنا : أثره يبين في زحمة الديون وضيق المال ؛ فإن ذلك إذا وقع قُدِّم المرتهن بالرهن ، وإن لم يكن الرهن ، وكان قد ظفر بشيء من ماله ، وهو تحت يده ، استرددناه منه ، ورددناه في جملة الأمتعة ، وتركناهم يتضاربون علىٰ أقدار الديون .

وقد نجز الفصل بما فيه .

فَصْلٌ

قال : « ولو كان الشرط للعَدْلِ ، جاز بيعُه ما لم يفسخا ، أو أحدهما وكالته . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٦٤٥ـ إذا حل الحق ، فقال الراهن أحضر الرهنَ ، وأنا أؤدي دينك من مالي ، لم يلزم المرتهن أن يُحضره . ولو رفع الأمر إلىٰ مجلس القاضي ، والتمس منه أن يُلزم المرتهن إحضارَ الرّهن ، حتىٰ يقعَ قضاءُ الدين واستردادُ الرهن بمرأىً من القاضي ، لم يُلزم القاضي المرتهن ذلك ، وقال : حقه في الوثيقة قائم حتىٰ يؤدَّىٰ دينُه ، ثم إن أدّاه فليس على المرتهن إحضارُ الرهن ؛ فإن الرهن أمانة وليس على المؤتمن ردُّ الأمانة . نعم ، لا يُمنع صاحبُ الأمانة من أَخذها . ولو أراد الراهنُ بيعَ المرهون وأداءَ الدين من غير ثمنه ، لم يكن له ذلك . كما تقدّم .

ولو قال للقاضي : أريد أن أؤدي حقَّه من ثمن الرهن ، فليس للمرتهن أن يُلزم الراهن تحصيلَ الدين من جهةٍ أخرىٰ ، ولا فرق بين أن يكون قادراً علىٰ أداء الدين من جهةٍ أخرىٰ وبين أن يكون عاجزاً ، كما قدمناه من منع البيع فيه ، إذا كان يزعم أنه يؤدي الدين من غير ثمن الرهن .

٣٦٤٦ـ ومما يليق بتمام البيان في ذلك : أن البيع لو كان لا يتأتىٰ إلا بإحضار الرهن ، فلا يكلّف المرتهنُ إحضارَه ؛ إذ قد يكون عليه في ذلك كُلْفة أو مؤنة ، وعلى الراهن إذا أراد قضاء الدين من ثمن الرهن أن يتكلف إحضارَه ، ويبذل مُؤنةً إن مست الحاجةُ إلىٰ بذلها ، ثم قد لا يثق المرتهن بيده ، فلا يسلمه إليه ، ولا تنفصل الخصومة إلا بالقاضي ، فإنه يبعث من يعتمده ، حتىٰ يكون هو المُحضِر . وإن مست الحاجةُ إلىٰ مؤنةٍ ، بذلها الراهن .

٣٦٤٧ـ ثم نظم **الشافعي** فصولاً في تعديل الرهن علىٰ يد عدلٍ ، ومزج بها جملاً من أحكام الوكالات ، وقضايا الأمانات . ولو أُخرت إلىٰ مواضعها ، لتعطلت فصولُ

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ .

الكتاب ؛ فلا وجه إلا ذكرها بما يتعلق بها على الاستقصاء .

فإذا وقع التراضي علىٰ تعديل الرهن علىٰ يد عدلٍ ، جاز ذلك ، وكانت يدُ العدل نائبةً عن يد المرتهن ، ولا شركة في اليد للراهن ؛ فإن حق القبض للمرتهن .

ولـٰكن لو أراد المرتهن أن يستردَّ الرهن من العدلِ ؛ صائراً إلىٰ أن الحق في القبض لي ، لم يكن له ذلك ؛ من جهة أن الراهن قد لا يثق بالمرتهن ؛ وإنما يقع التعديل لهـٰذه الحالة ؛ فالراهن وإن لم يكن له حق في القبض ، فله حق رعاية ملكه ، وقد رأى التعديل وجهاً في الرعاية .

ثم إن أذن الراهنُ للعدل في بيع الرهن عند مِحِل الحق ، وصرفِه إلى المرتهن ، لم ينفذ بيعُه دون إذن المرتهن ؛ فإن بيع الراهن لا ينفذ إلا على التفصيل المقدّم . فكيف ينفذ بيع وكيله ؟

ولو وكل الراهنُ العدلَ بالبيع ورضي بالبيع المرتهنُ ، فينفذ بيعُه إذا داما على الرضا .

ولو عزله الراهن ، ارتفعت الوكالة بالبيع ، فإن أراد الراهن أن يبيع العدلُ ، جدد توكيلاً .

وإن لم يعزله/ الراهن ، ولـٰكن قال المرتهن : « لا تبعه » ، بعد أن رضي ، لم يبع ؛ فإن إذنه معتبر في البيع ، وإذا اعتبر إذنه ابتداءً ، اعتبر استمراره عليه . وإذا رجع ، بطل إذنه . ي ١٨٢

ثم هل يقال : تبطل الوكالة أم لا ؟ قال المحققون : الوكالة قائمة ؛ فإن العدل في البيع وكيلُ الراهن ، وليس وكيلُ الراهن وكيلَ المرتهن .

نعم . إذا رجع المرتهن عن الإذن ، انخرم شرطٌ في نفوذ تصرف الوكيل ، فإذا أعاد الإذنَ ، فالوكالة الآن علىٰ شرطها ، والتصرف نافذ .

وذهب بعض الضعفة إلىٰ أن رجوع المرتهن عن الإذن ، يوجب رفع الوكالة ، فعلىٰ هـٰذا إذا عاد فأذن ، فلا بد من توكيلٍ جديدٍ من الراهنِ . وهـٰذا ضعيف غيرُ معتد به .

٣٦٤٨ـ ومما يتعلق بهـٰذا الفصل أن الراهن والمرتهن لو أذنا للعدل في بيع الرهن عند محلِ الحق ، واستمرّا على الإذن ، فهل يستبد العدل بالبيع ، دون مراجعة الراهن والمرتهن ؟ أم كيف السبيل فيه ؟ ذكر **العراقيون وجهين** في تعيُّن مراجعة الراهن : **أصحهما ـ** أن المراجعة لا تجب . ووجهه بيّن . **والثاني ـ** أنها واجبةٌ ؛ فقد يبدو له أن يستبقي الرهنَ ، ويؤدي الدين من سائر ماله .

وهـٰذا يعتضد بأمرٍ يتعلق بالتصرف ، وهو أن الاستنابات قِبَل الحاجات تجري في العادات ، ثم إذا حقت الحاجة ، فالعادة مطردةٌ بالمراجعة ، فحُمل المطلقُ علىٰ هـٰذا .

وهـٰذا ضعيف ، والأصل الاستمرار على الإذن . فإن أراد الراهن رفعه ، عزله .

ولا خلاف أن المرتهن لا يراجع ؛ فإن غرضه توفيةُ الحق ، وليس له في الرهن حق ملكٍ ، أما الراهن ، فقد يستبقي الملكَ ، ويؤدي من موضعٍ آخر . وهـٰذا ليس خالياً عن الاحتمال ، إن صح ذلك الوجه البعيد .

فَصْلٌ

قال : « ولو باع بما يتغابن الناسُ بمثله ، فلم يفارقه حتىٰ جاء من يزيده ، قَبِلَ الزيادة . . . إلىٰ آخره »(١) .

٣٦٤٩ـ هـٰذا من فصول الوكالة ، فنفرضه في العَدْل (٢ وهو مُطّردٌ في كل وكيل .

فإذا وكّل الراهنُ العدل ٢) ببيع الرهن ، ورضي المرتهن ، والتوكيل مطلق ، فالعدل مأخوذ في إطلاق التوكيل برعاية ثلاث خِلال : **أحدها ـ** ألا يبيع بغبن . وسيأتي تفصيل الغبن . والخصلةُ **الأخرىٰ ـ** ألا يبيع إلا بنقد . **والثالثة ـ** ألا يبيع نسيئة .

فإن باع بثمن المثل ، وكان مع المشتري في مجلس العقد ، فأشرف عليهما من يزيد في الثمن . فنقول : أولاً إذا كانت السلعة تطلب بأكثر من ثمن مثلها ، فليس للوكيل أن

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت٢) .

يبيعها بثمن المثل ؛ وهـٰذه غبينة[1] بين أرباب المعاملات .

٣٦٥٠ـ فإذا تمهد هـٰذا ، قلنا : إذا جاء من يزيده ، فظاهر النص يشير إلىٰ أنه يبيع تلك السلعة ممن يزيد في الثمن . فإذا قَبِلَ[2] الزائدَ ، ترتَّب عليه تحصيلُ الزيادة ، وانفساخُ البيع الأول . وهـٰذا قد استقصيناه في أول كتاب البيع . ولا بد من تجديد العهد به . فنقول :

من باع سلعة ، ثم باعها في زمان الخيار ، أو مكان الخيار ، ففي هـٰذا البيع أوجه : **أحدها** ـ أنه ينفذ . ثم من ضرورة نفوذه انفساخ العقد الأول .

والثاني ـ أنه لا ينفذ ، ولا ينفسخ به العقد الأول . **والثالث** ـ لا ينفذ ، وينفسخ به العقد الأول . وقد ذكرنا الأوجه وفرعناها .

فإن وقع التفريع علىٰ نفوذ البيع الثاني ، وانفساخ الأول ، فالوجه أن يبيع ؛ فإنه إن قبل من زاد ، حصل الغرض ، وإن أبىٰ ، فالبيع الأول قائم كما كان .

ش ١٨٢ **٣٦٥١ـ** وحق هـٰذه/ المسألة أن تُرتَّب على الوجه الذي نصفه . فيقال : إن قلنا : البيع في زمان الخيار فاسد ، ولا بد من جلب الزيادة الظاهرة من هـٰذا الذي زاد ، فالذي يقتضيه مساق الكلام أن فسخ العقد الأول مستحق . وإذا كان كذلك ، فلا خِيَرة في إبقاء ذلك ، ولا سبيل إلىٰ أن نقول : يلزم الوكيلَ الفسخُ ؛ فيتيعن من مجموع ما ذكرناه أن ذلك العقد ينفسخ ، وهـٰذا معنى استحقاق الفسخ ، ثم سبب الفسخ تحصيل الزيادة .

فلو حكمنا بالفسخ لمّا ظهرت الزيادة ، وأردنا البيع ممن زاد ، فإن وافق ، وابتاع بما كان يذكر ، فذاك . وإن امتنع ، ولم يُتم ما وعد ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : انقطع العقد [الأول][3] ، فليبتدىء الوكيلُ بيعاً إن فوض إليه . وهـٰذا أوجه . وقياسه بيّن .

---

(١) في الأصل : نقطة على النون فقط ، (ت٢) بهـٰذا الرسم بدون أي نقط ، و(ص) : بهـٰذا الرسم مع نقطة على الغين ، ونقطتين أسفل ما بعدها . وترك الباقي بدون نقط .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : قيل : الزائد يترتب. . . إلخ .
(٣) ساقطة من الأصل .

ومن أصحابنا من قال : إذا أبىٰ هـٰذا الذي زاد ، تبين أن الفسخ الذي حكمنا به غيرُ نافذ ، فكأنه كان فسخاً موقوفاً علىٰ هـٰذا الوجه ، وكان سببه الطمع في تحصيل الزيادة ، فإذا أيسنا من تحصيلها من هـٰذه الجهة ، فالعقد قائم كما كان . وضُرب لذلك مثلٌ(١) ، وهو أن الابن إذا بذل الطاعة لأبيه في الحج ، فلم يرشحه الأب لذلك ، ثم رجع الابن قبل حج الحجيج في تلك السنة ، فنتبين أن ما حسبناه استطاعةً ، لم يكن استطاعة ، ولا يستقر الحج في ذمته .

هـٰذا إذا حكمنا بأن الفسخ مستحَق ، وبيّنا وجه الاستحقاق فيه ، ثم أنهينا التفريع منتهاه في هـٰذا الطريق .

قال **الشيخ أبو محمد** : إذا كان فوض البيعَ عوداً علىٰ بدء إلىٰ هـٰذا الوكيل ، فلما بدت الزيادة ، أراد أن يحصِّلها بأن يبيع من الزائد ، وفرعنا علىٰ صحة البيع ، ونفوذ الفسخ به ، فعلىٰ هـٰذه الطريقة لا نحكم بانفساخ العقد ، إذا كان الوكيل سلك المسلك المستصوب . فإن امتنع منه حينئذٍ ، حكمنا بالانفساخ ، وعاد التفريع إلىٰ ما ذكرناه .

٣٦٥٢ـ فأمَّا إذا قلنا : لا يصح هـٰذا الطريق ، ولا بد من تقدير ارتفاع العقد الأوَّل ، فلا سبيل إلى الحكم بوجوب إنشاء الفسخ كما مضىٰ ، فرجع الكلام إلىٰ أن البيع في مكان الخيار إن صححناه ، وضمّنَّاه الفسخَ ، فهو وجهٌ إن أنشأه الوكيل . وإن امتنع منه ، أو قلنا : لا يصح البيع ، تعين الحكم بالانفساخ ، ثم هو نافذٌ ، أو موقوف علىٰ ما ذكرناه .

وممّا لا بد من ذكره أن الوكيل بالبيع لو باع ، ثم فسخ العقد ، فهل له أن يبيع مرة أخرىٰ ؟ فيه تفصيل يأتي في كتاب الوكالة .

والقدر الذي نذكره هاهنا أن الأصحاب اختلفوا في ذلك ، فمنهم من قال : ليس له أن يبيع إلا بتوكيل جديد ؛ فإنه لم يوكل إلا ببيع واحد . ومنهم من قال : له البيع من

(١) كذا في النسخ الثلاث . فبنينا الفعل (ضرب) للمجهول .

غير توكيل جديد ؛ فإنه وُكِّل ببيع يتم ويؤدي إلى الغرض ، فإذا لم يتم ، وفُسخ ، فهو مأمور ببيعٍ يتم علىٰ موجَب التوكيل الأول .

وسنكشف هـٰذا في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالىٰ .

فَصْلٌ

قال : « وإذا بيع فثمنه من الراهن حتىٰ يقبضه المرتهن . . . إلىٰ آخره »[1] .

قوله : « **من الراهن** » ، **أي من ضمان الراهن** .

٣٦٥٣ـ مقصود هـٰذا الفصل ذكر طرفٍ من العُهدة على الوكيل ، وبيانُ قرار الضّمان ، وذكرُ سببه ، فنقول : للعهدة **ثلاثةُ أركان** في قاعدة المذهب : **أحدها ـ** في توجيه الطلب . فنقول : من اشترىٰ بالنيابة شيئاً لموكِّله ، فهل للبائع توجيه المطالبة بالثمن على الوكيل ؟ نُظر : فإن عقد العقد بلفظ السفارة ، ولم يضف الشراء إلىٰ نفسه فقال : « اشتريت لفلان » ، ولم يقل : « اشتريت » مطلقاً ، فلا/ مطالبة على السفير . ي ١٨٣ والنكاح لما كان لا يعقد إلا بالسفارة ، لم تتوجه الطَّلِبة على السفير القابل للزوج .

فإن أضاف الوكيل الشراءَ إلىٰ نفسه ، فقال : اشتريتُ ، فإن لم يعلم البائع كونَه وكيلاً ، فلا شك أنه يطالبه . وإن علم أنه وكيل واعترف به ، فله مطالبة الموكِّل ، لم يختلف فيه أصحابنا . وإنما اختلفوا في مطالبة سيد العبد المأذون ؛ لِما ذكرناه في مسائله . وهل يطالب الوكيل ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال : لا مطالبةَ ؛ فإنه سفير في الحقيقة ، ولم يصرح بالسفارة ، فأشبه ما لو صرح بها . **والوجه الثاني ـ** أنه يطالبه بالثمن ، وإن علم كونَه وكيلاً ؛ فإن قوله : اشتريتُ التزام ، فإذا كنا نُلزم من يقول : ضمنتُ الدينَ ، فلا بُعْدَ لو ألزمنا من يقول : اشتريت أو قبلتُ .

هـٰذا ركنٌ من أركان العُهدة .

ثم إذا غرم الوكيل ، فلا شك أنه يرجع على الموكِّل ، ولا تفصيل في ذلك .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ .

بخلاف ما لو قال من عليه الدين لرجل : « اضمن عني الدينَ » . فإذا ضمنه ، وغرِمه ، ففي رجوعه على المضمون عنه خلافٌ إذا لم يقيد المضمونُ عنه الإذنَ في الضمان بشرط الرجوع ، وهاهنا لا حاجة إلىٰ ذلك ، بل نفس عهدة العقد تقتضي الرجوع بعد الغرم إن اتفق ذلك .

٣٦٥٤ـ الركن الثاني من العهدة ـ تصوير خروج المبيع مستحقاً بعد قبض الثمن . فإذا باع الوكيل وسلَّم المبيعَ وتسلم الثمن ، ثم خرج المبيعُ مستحقاً ، فإن كان عينُ الثمن باقياً ، استردَّها المشتري ، وردَّ المبيع علىٰ مستحقه .

ولو تلف ذلك الثمنُ ، لم يخل إما أن يتلف في يد الوكيل ، وإمّا أن يتلف في يد الموكِّل .

فإن تلف في يد الوكيل من غير تفريطه ، فللمشتري الرجوع عليه ، ووجهه بيّن ، فإنَّ دراهمه تلفت في يده ، ولم يكن مؤتمناً من جهته ، ثم يثبت له الرجوع إلى الموكِّل ، فإنه هو الذي ورَّطه فيما انتهىٰ إليه الأمر ، لمّا أمره بالبيع وأقامه وكيل نفسه ، فيضمن هـٰذا حق الرجوع عليه ، وهـٰذا متفق عليه في عُلقة العهدة ، ولا محمل له إلا تعريضه إياه لما جرىٰ ، فهو من التغرير الذي يجرّ ضماناً لا محالة . وهو بمثابة ما لو أودع الغاصب العينَ المغصوبة عند إنسانٍ ، والحال مشكل على المودَع ، فالطَّلِبة تتوجّه عليه ، لثبوت اليد في الظّاهر . ثم إنه يرجع على الغاصب المودِع ؛ [من جهة أنه غره لمَّا أَوْدع عنده ، وإن كان التلف حصل في يد المودَع ، فالقرار على الغاصب المودِع][1] .

هـٰذا الذي اتفق الأصحاب عليه في الوكيل ، الذي نصبه الموكل في البيع والقبض ، ثم ثبت الاستحقاق ، وقد تلف الثمنُ المقبوض في يد الوكيل ، من غير تفريطه .

وقد ذكرنا أن للمشتري مطالبةَ الوكيل بقبضه ماله ، ثم له الرجوع علىٰ موكِّله لتغريره

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

إياه ، وينتظم منه أن قرار الضمان على الموكِّل ؛ فإن أراد المشتري بذلك أن يطالب الموكِّل بالثمن ، وما ثبتت يده عليهِ ، فلست أرىٰ له ذلك ؛ من جهة أن يده ما وصلت إلىٰ عين مالِ المشتري ، وإن كان قرار الضمان عليه ؛ من جهة الوكيل إذا غرِم ، فلم يوجد منه في حق المشتري إلا أنه أمر وكيله بالمعاملة ، ومن أمر غيره بغصب مالٍ ، لم يصر بأمره غاصباً ، فأقصىٰ ما يتخيل في ذلك أنه غرّ وكيلَه ، فغرّ وكيلُه المشتري ، وهـٰذا لا يوجب انتظام سبب المطالبة بين المشتري وبين الموكِّل ، وهـٰذا ما أراه .

وكذلك يجب أن يقال : إذا عُقد النكاح علىٰ حكم الغُرور ، وألزمنا المغرور قيمةَ الولد لسيد الأمة ، ثم أثبتنا للمغرور الرجوع على الغار ، فقد جعلنا الغارَّ محلاً لقرار الضمان . وليس يتجه أن يقال : لسيد الأمة تغريمُ الغارّ ابتداءً/ ، وإن كان الضمان يتوصّل إليه بطريق رجوع المغرور عليه . ش ١٨٣

وليس هـٰذا كالغاصب إذا أودع ؛ فإن للمغصوب منه مطالبة من شاء منهما ؛ والسبب فيه أن يد كل واحد منهما اتصل بملك المغصوب منه ، فكان مطالَباً لذلك ، هـٰذا ما أقدّره .

ولستُ أنفي احتمالاً يراه ناظر في تثبيت مطالبة الموكِّل في مسألتنا ، والغار في بابِ الغرور ، من جهة أن استناد حرية الولد إلى التغرير ، لا إلى الإيلاد والإعلاق . وكذلك القول في الوكيل والموكِّل .

فهـٰذا بيان ما أردناه ، والميل إلى الأول .

وقد صرح **العراقيون** بأن المبيع إذا خرج مستحقاً ، وقد تلف الثمن في يد الوكيل ، من غير تقصيرٍ منه ، فلا يرجع المشتري على الوكيل أصلاً ، وإنما يرجع على الموكِّل . وهـٰذا تصريح منهم بأن المشتري يطالِب المغرِّر . وألفاظ **المراوزة** تدل علىٰ أنه لا تتوجه المطالبة على الموكّل ، وإنما يطالب الوكيل ، ثم إذا غرِم الوكيل ، رجع على الموكّل . ونفيُهم مطالبةَ الوكيل بعيدٌ عن قياس **المراوزة** .

والذي تحصل من ذلك أن الضمان متعلق بالموكِّل استقراراً . والذي يظهر القطع به أن الوكيل مطالَبٌ . وفيه وجه ضعيف حكيتُه عن **العراقيين** ، وفي توجيه

المطالبة على الموكِّل ابتداء (١ تردد . والذي ظهر من كلام **المراوزة** أنه لا يطالب ابتداءً ١) والذي صرح به **العراقيون** : أنه يطالبه المشتري ابتداءً .

٣٦٥٥ـ وكل هٰذا إذا تلف الثمن في يد الوكيل ، ولم ينته إلىٰ يد الموكل . فأمّا إذا انتهىٰ إلىٰ يد الموكِّل ، فتلف في يده ، فلا شك أن المشتري يوجّه المطالبةَ على الموكِّل ؛ فإن يده ثبتت علىٰ ماله ، وإنما التردد المتقدم فيه إذا تلف الثمن في يد الوكيل ، فإذا ثبت أن الموكِّل مطالَب من جهة المشتري ابتداءً ، فهل له مطالبة الوكيل ؟ نُظر فيه : فإن لم يمرّ الثمنُ بيد الوكيل ، فلست أرىٰ لمطالبة الوكيل وجهاً إذا لم تثبت له يدٌ ، والعقد لم يصح ، حتىٰ يتضمن عهدةً متعلقة بمن تولى العقد ؛ إذ المبيع خرج مستحقاً . وإن مرَّ الثمن بيده ، وانتهىٰ إلىٰ يد الموكِّل ، ففي مطالبة الوكيل في هٰذه الصورة جوابان ظاهران في طريقة **المراوزة** ؛ (٢ من جهة أن الوكيل متوسط ، وقد بلغ المال منتهاه ، وتلف في يد الموكِّل ، والوكيل مؤتمنٌ ٢) ، من جهة موكِّله ، والمشتري وإن لم يوكِّله ، فإنه يسلم الثمنَ إليه ، ليسلّمه إلىٰ موكِّله ، فكأنه من هٰذا الوجه مؤتمن ـ من جهة المشتري ـ مأذون[٣] له في إيصال الثمن إلىٰ موكله .

وقيل تتعلق الطَّلِبة به ؛ لأن أخذ المال كان علىٰ حكم العُهدة .

وكل ما ذكرناه فيه إذا باع العدل بتوكيل الراهن ، وأذن المرتهن ، ثم جرىٰ ما وصفناه .

٣٦٥٦ـ فأمّا إذا تولى الحاكم بنفسه بيعَ الرهن عند اتصال الخصومة بمجلسه ، وقبض الثمن ليوصله إلىٰ جهته ، فتلف في يده ، ثم خرج المبيع مستحقاً ، فقد أجمع أصحابنا علىٰ أن الحاكم لا يتعلق به طَلِبةٌ ، ولا ضمان ، ولا يقال : يطالَب به ، ثم يرجع ؛ فإن الحكام لو تعلقت بهم العهدة في العقود التي يُنشِئونها لظاهر الاستصلاح ،

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) ، (ص) .

(٢) وهٰذا أيضاً ساقط من (ت٢) ، (ص) .

(٣) عبارة (ت٢) : « من جهة كون المشتري مأذون له . . . » وفي (ص) : « من جهة أن المشتري مأذون له . . . » .

لعظم الأمرُ وكثرت المشقة ، فاتفق الأصحاب علىٰ إخراج الولاة في أمثال هـٰذه العقود عن العهد ، والطَّلِبةِ ، والتغريمِ ، ابتداءً وقراراً .

وإذا كان كذلك ، فلا بد من إثبات الرجوع ؛ فإن حق المشتري لا يضيع ، والرجوع ابتداءً على/ الراهن لا خلاف فيه . ي ١٨٤

فإن قيل : ليس الراهن موكِّلاً في عقدٍ يُتخيّل مرجوعاً عليه ، وإنما الحاكم فعل ما فعل ؛ فكان يجب أن يقال : لم يصدر من الراهن عقدٌ ولا توكيل في عقد ، والحاكم لا يضمن ، فلا يجد المشتري مرجعاً .

قلنا : هـٰذا لا قائل به . وسبب تضمين الراهن أنه رهن ملكَ غيره ، وكل من رهن شيئاً ، فقد عرَّضه للبيع على استحقاقٍ . وهـٰذا أبلغ من وكالة تقبل العزل على الاختيار . فالحاكم بنىٰ بيعه علىٰ حكم رهنِه ، فقد صار بالرهن إذاً مغرِّراً ، كما تقدم . وهـٰذا يعضد توجيهَ المطالبة على الموكِّل ابتداء في المسألة الأولىٰ ؛ [فإنا لما رفعنا الحاكم من البَيْن[1] ، ووجهنا المطالبة على الراهن ، فهو[2] في هـٰذه المسألة بمنزلة الموكِّل في المسألة الأولىٰ][3] ونص الشافعي فيمن مات وخلف تركة مستغرقة بالدين ، فباع الحاكم تركته ، وتلف الثمن في يده قبل أن يصرفه إلى الديون المحيطة بالتركة ، ثم خرج المبيع مستحقاً ، قال **الشافعي** : لا عهدة على الحاكم ولا طَلِبةَ ، والعهدة على الميت ، وتركتِه .

فإن قيل : إن كان الراهن في المسألة التي ذكرتموها الآن مغرراً ، برهنه ، من حيث كان مقتضى الرهن التعريضَ للبيع . فما سبب تعليق الضمان بذمة الميت في المسألة الأخيرةِ ؟

قلنا : احتواؤه على المغصوب حتىٰ يتعلق به الدين إذا مات تسبُّبٌ منه إلىٰ تسليط الحاكم على البيع ، والسبب المضمَّن قد يقرُب ، وقد يبعد .

---

(١) البين : من الألفاظ التي استعملها الإمام في (البرهان) ، وكررها في (النهاية) وهي مفهومة من السياق . وإن لم أصل لمعنىً لها في (مادتها) المعجمية .
(٢) في النسختين : وهو . (وهي ضمن الفقرة الساقطة من الأصل) .
(٣) سقط ما بين المعقفين من الأصل .

٣٦٥٧ـ فهـٰذا إذا تولى الحاكم البيعَ ، وأمّا إذا نصب أميناً ، فباع الأمين الرهنَ ، أو عيناً من التركة بإذن الحاكم ، وتلف الثمن في يد الأمين ، ثم تبين الاستحقاق ؛ فلأصحابنا **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ أنه لا تتعلق الطَّلِبة بالأمين ؛ من جهة أنه منصوب من مجلس الحاكم ، فكان كالحاكم . وهـٰذا ظاهر نص **الشافعي** .

ومن أصحابنا من علق الطَّلِبةَ بالعَدْلِ ، وإن كان منصوباً من جهة الحاكم . وهـٰذا بعيد عن النص والقياس ـ وإن كان مشهوراً ـ فليس ينقدح الفرقُ بين الحاكم وبين منصوبه ؛ فإن الحكام لا يتعاطون جملة العقود بأنفسهم ، وما يفوضونه إلى الأمناء أكثر مما يتعاطَوْنه . ولو تعرض الأمناء من جهتهم لغرر العُهدة ، لامتنعوا عن مباشرة الأمور ، ويضيق بهـٰذا السبب الأمرُ على القضاة . فإذا حططنا الطَّلِبةَ عن الحاكم ؛ صيانةً لمنصبه ، وجب طردُ ذلك في أمينه .

وقد قال أئمتنا : إذا ادّعىٰ رجل محكوم عليه أن القاضي ظلمني ، وتحيَّف عليَّ في حكمه ، فلا تقبل دعواه على الحاكم نفسِه ، فإنا لو فتحنا هـٰذا البابَ ، لانطلقت ألسنُ الخصوم على الولاة .

وفي هـٰذا ترتيبٌ وتفصيل ، سنذكره في أدب القضاة ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٦٥٨ـ فحصل من مجموع ما ذكرناه **مراتب** : **إحداها** ـ الوكيل الذي ينصبه الحاكم . وقد مضى القول في مطالبته ورجوعه ، ومطالبة موكِّله .

والمرتبة الثانية ـ في تصرف الحكام بأنفسهم .

والثالثة ـ في تصرف الأمناء المنصوبين من جهة الحكام .

وقد نجز هـٰذا الركن من أركان العهدة .

وليعلم الناظر أن ذلك ليس من عهدة العقد ؛ إذ لا عقدَ مع الاستحقاق ، ولـٰكن القول في هـٰذا دائر على التغرير والتسبب إليه ، مع ثبوت الأيدي للمتوسّطين .

٣٦٥٩ـ والركن الثالث ـ من العهدة يتعلق بالرد بالعيب . وليس هـٰذا موضعه . وسنأتي به مبسوطاً في كتاب الوكالة ، إن شاء الله عزّ وجل .

ثم قال الشافعي : إذا بيع الرهن ، وخرج مستحقاً ، لم تتعلق عهدة الثمن بالمرتهن أصلاً ؛ إذ لم تثبت يده عليه ، فإن الرهن ، وإن بيع في حقه ، فلم يأت من جهته تغرير ، ولم تثبت يده علىٰ مال المشتري ، وعينُ/ الرهن قد قبضها مستحقها . وقال أبو حنيفة : يتعلق العهد بالمرتهن . وقد رمز الشافعي إلى الرد عليه فقال : « وليس الذي بيع له الرهن من العهدة بسبيل »[١] .

ش ١٨٤

فَصْلٌ

قال : « ولو باع العدلُ[٢] ، وقبض الثمن ، فقال : ضاع مني ، فهو مصدق . . . إلىٰ آخره »[٣] .

٦٣٦٠ـ العدْل إذا وكّله الراهنُ بالبيع ، ورضي المرتهن ، فباع وقبض الثمن ، ثم قال : ضاع الثمن في يدي من غير تقصير ، فهو أمين مصدَّق ، وإن اتّهم حُلِّف . وهـٰذا لا شك فيه .

فلو ادعى العدل أنه دفع الثمن إلى المرتهن ، فإن صدقه المرتهن ، فذاك ، وإن كذبه نُظر : فإن كذبه الراهن أيضاً ، توجه الضّمان على العدل . أمّا المرتهن ، فلا شك أنه لا يقبل قول العدل عليه والقول قوله إني لم أقبض حقي ، وقول العدل غير مقبول على الراهن في هـٰذا المقام ؛ من جهة أنه وإن كان أميناً في حقه ، فقد ادعىٰ تسليم المال إلىٰ من لم يأتمنه ، وقصر إذا لم يُشهد مع إمكان الجحود .

ولو قال الراهن : صدقتَ فيما ادعيتَ ، وأنا أعلم أنك سلمت إلى المرتهن ما قبضت ، فهل يضمن العدل والحالة هـٰذه ؟ فعلىٰ وجهين مشهورين : **أحدهما ـ** لا يضمن لتصديق الراهن إياه . **والثاني ـ** يضمن لتقصيره في ترك الإشهاد . ولهـٰذا نظائر ستأتي ، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) نص عبارة الشافعي في المختصر : ٢/ ٢١٤ .
(٢) في النسخ الثلاث : (العبد) . والتصويب من المختصر .
(٣) الموضع السابق .

ولو صدقه الراهن في التسليم ، واعترف بأنه كان أشهد ، ولـٰكن مات شهوده ؛ فلا ضمان .

ولو ادعى العدل أني كنتُ أشهدتُ ولـٰكن مات شهودي ، أو غابوا ، وأنكر الراهن إشهاده ، واعترف بتسليمه إلى المرتهن ، فإن قلنا : اعترافه بتسليم الثمن إلى المرتهن كافٍ لتبرئة العدل ، فلا إشكال . وإن قلنا : يضمن العدل وإن صدقه الراهنُ لتقصيره ، فهل يضمن إذا ادعى الإشهاد وأنكره الراهن ؟ فعلىٰ **وجهين** : ذكرهما **صاحب التقريب** . ومُدرَك توجيههما لائح .

ولا خلاف أن الراهن لو شرط على العدل أن يُشهد علىٰ تسليمه ، واعترف العدل بأنه لم يشهد ، واعترف الراهن بأنه سلم إلى المرتهن ، فالضمان يجبُ في هـٰذه الصورة وجهاً واحداً ؛ من جهة أنه خالف شرطَ موكله . وإن لم يكن شرط ، فالمسألة على التردد في أن الاحتياط هل يُلزم العدلَ الإشهادَ .

هـٰذا مأخذ الكلام .

فصل

قال : « ولو قال أحدهما : بع بدنانير . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٦٦١ـ إذا حل الحق ، فقال الراهن للعدل : بع الرهن بالدنانير ، وقال الآخر : بعْ بالدراهم ، فلا يبيع بواحد منهما ، فإن بيع العدل ينفذ إذا صدر عن توكيل الراهن ، أو رضا المرتهن ، فإذا تخالفا ، لم يمتثل قول واحد منهما ، بل يرفع القضية إلىٰ مجلس الحكم ، ثم الحاكم يبيع ، أو يأذن لمن يبيع بنقد البلد ، إن رأى المصلحة فيه .

وهـٰذا بيّن لا خفاء به .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٤ .

فصل

قال : « وإن تغيرت حال العدل . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٦٦٢ـ إذا توافق الراهن والمرتهن علىٰ تعديل الرهن علىٰ يد عدلٍ ، فإن أرادا رفعَ الرهن من يده وردَّه إلىٰ آخر ، جاز ذلك ، فالحق[٢] لا يعدوهما . وإن أراد الراهن أن يتحكم بإزالة يد العدل ، ويرد الرهن إلىٰ يدِ آخر ، لم يكن له ذلك ؛ فإن حق القبض للمرتهن ، فلا يجوز التصرف في اليد دون إذن المرتهن .

ي ١٨٥ ولو أراد المرتهن أن يرفع الرهن من يد ذلك العدلِ دون/ إذن الراهن ، لم يكن له ذلك ، لا شك[٣] فيه .

والعدل في نفسه لا يرد الرهن على الراهن دون المرتهن ، ولا يرد على المرتهن دون الراهن ، فإن فعل ، صار ضامناً ، فإن دفعه إلى المرتهن دون إذن الراهن ، ففات في يده ، ضمن القيمة للراهن . وإن دفعه إلى الراهن دون المرتهن ، (٤ ضمن للمرتهن ٤) إذا فات الرهنُ في يد الراهن . ثم ينظر : فإن كان الحق حالاً ، فيضمن للمرتهن أقلَّ الأمرين من دَيْنه أو قيمةِ الرهن . وإن كان مؤجلاً ، فعليه كمالُ القيمة ، ليكون رهناً عند المرتهن .

وهٰذا يلتفت علىٰ أصل ، وهو أن من يستحق ديناً مؤجلاً قد لا يجبره من عليه الدين علىٰ قبول حقه قبل محِلِّه ، وقد مضىٰ تفصيل ذلك في مواضع .

٣٦٦٣ـ فالغرض إذا ينكشف بذكر صورتين : **إحداهما** ـ أن يساعد الراهنُ العدلَ ، فيخرَّج الأمر علىٰ ترتيب تعجيل الدين المؤجل ، وتوفير المعجّل[٥] . ومساعدة الراهن

---

(١) السابق نفسه .

(٢) في النسخ الثلاث : والحق .

(٣) في (ص) ، (ت) : بلا شك .

(٤) ما بين القوسين سقط من (ص) ، (ت٢) .

(٥) في (ص) ، (ت٢) : المؤجل .

بأن يأذن للعدل في أداء الدين ، أو يؤدي الدينَ بنفسه . ويكفينا الآن التصوير في إذنه للعدل بأن يؤدي الدين . فينتظم الفرق بين الحالّ والمؤجل .

فإن كان الدين حالاً ، لم يلزمه إلا أقلُّ الأمرين ، كما ذكرناه ، تفريعاً علىٰ أن من أدىٰ دينه المعجل ، لم يكن له أن يمتنع عن قبوله . وإن فرض في الدين المؤجل ، ففي الإجبار على القبول التفصيل المذكور . فإن قلنا : لا يجبر من له دين مؤجل علىٰ قبوله ، تعيّن على العدل أن يضع قيمةَ الرهن رهناً إلىٰ حلول الدين . وإن قلنا : يجبر علىٰ قبول الدين ، فالكلامُ في الدين المؤجل كالكلام في الدين الحالّ . وهٰذا كله إذا أذن الراهن له في أداء الدين .

فأما إذا لم يصادِف الراهنَ حتىٰ يستأذن منه ، أو لم يأذن له الراهنُ في أداء الدين ، فلا يجب على المرتهن أن يقبل الدين منه ، مؤجلاً كان أو حالاً . بل يقول : لستَ مأذوناً من جهة من عليه الدين ، ولا أقبل تبرعك بأداء الدين . وإذا كان كذلك نُظر : فإن كان الراهن حاضراً ، قاله له العدل : رددتُ عليك الرهن ، وأنت المالك ، فخلِّصني [بالإذن][1] في أداء الدين ، أو بأداء الدين .

وإنما [تحسن][2] هٰذه المسألة إذا كان الدين أقلَّ من قيمة الرهن ، وقَبْل أن تتفق مفاوضة الراهن بما ذكرناه يغرَم[3] للمرتهن قيمة الرهن ، وإن كانت ألفاً ، والدين دينار[4] .

ثم إذا تمكن من الراهن ، ففاوضه ، فقال الراهن : لست آذن لك في أداء الدين ، ولست أؤديه ، وكان المرتهن لا يطالب أيضاً ، فهٰذا يؤدي إلىٰ تعطيل مال عظيم على العدل من غير فائدة ، ولٰكن القيمة مرهونة ، والراهن مأمورٌ بتخليصها إذا كان الدين

---

(١) في الأصل : من الإذن .
(٢) في الأصل بدون نقط . والحرف الأخير بين (النون) والألف المرسومة (ياء) . والمثبت من (ت٢) ، (ص) .
(٣) في (ص) ، (ت٢) : بغرم الراهن . والمعنىٰ : يغرم العدل للمرتهن قيمة الرهن بالغةً ما بلغت .
(٤) في (ص) ، (ت٢) : ديناً .

حالاً ، كما يؤمر المستعير بتخليص العبد[١] لمعيره ، كما سنذكر ؛ فإن تغريم القيمة لغير المالك ، والعين مردودة على المالك يستحيل أن تبقىٰ على التأبد بغير نهاية ، فيتعطل مال بأن يتواطأ الراهن والمرتهن .

ولو كان عين الرهن قائمة ، فهي مستردة من الراهن . وإن تلفت ، فضمان القيمة لتوضع رهناً متوجه على الراهن .

ولو غرم العدل للمرتهن قيمةَ الرهن ، وقد سلمه إلى الراهن ، فله الرجوع بما غرم على المالك الراهن .

فإن[٢] فاتت العين ، فإنه يقول : إنما غرمت بسبب أخذك الرهن بغير حق ، فأرجع عليك . ولو كان الرَّهن قائماً في يد الراهن ، لوجب رده علىٰ حكم قبض المرتهن . وهـٰذا بيّن .

ش ١٨٥ وما ذكرناه فيه إذا أعرض/ المرتهن عن مخاصمة الراهن . وتشبث بالعدل . والتفصيل ما ذكرناه .

فَصْلٌ

٣٦٦٤ـ ثم ذكر **الشافعي** تغير حال العدل عن العدالة ، وبنىٰ عليه أنه إذا فسق ، فللراهن ألا يرضىٰ بيده ، وإن رضي الراهن ، فللمرتهن ألا يرضىٰ ؛ فإن الحق ثابت لهما . أما الراهن ، فله طلب الاسترداد والاستبدال به ؛ محافظة علىٰ [ملكه ، وللمرتهن مثل ذلك محافظةً علىٰ وثيقته][٣] ، وإذا جنى العدل عمداً على الرهن ، فهو منه فسوق ، ولو جنىٰ خطأً ، لم يفسق ، ولزمه أرش جنايته ، والرهن مُقَرٌّ تحت يده ، ولو كان من عدّل الرهن عنده[٤] فاسقاً في الابتداء وكانا عالمين بفسقه ، فأراد أحدهما أن يرفع يده عن الرهن ، لم يكن له ذلك .

---

(١) في (ص)، (ت٢): «الرهن لغيره» والمسألة إشارة إلىٰ من استعار عبداً ليرهنه . وستأتي قريباً .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : إن .
(٣) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٤) في (ص) ، (ت٢) : يختص عنده .

فإن ازداد فسوقاً إلىٰ فسوقه المتقدم ، كان ذلك بمثابة فسوق العدل . وقد سبق التفصيل فيه .

ثم ذكر **الشافعي** بعد ذلك أن العدل لو أراد أن يودع الرهن الكائن تحت يده عند إنسان ، فكيف حكمه ؟ وهـٰذا لا اختصاص له بالرهن ، وسأذكره مستقصىً في كتاب الوديعة ، إن شاء الله تعالىٰ .

فَصْلٌ

قال : « ولو جنى المرهون علىٰ سيده . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٦٦٥ـ إذا رهن الرجل عبداً وسلمه إلى المرتهن ، فجنىٰ على السيد الراهن ، فلا يخلو : إما أن يجني علىٰ طرفه وإما أن يجني علىٰ نفسه . فإن جنىٰ على الطرف ، لم يخل : إما أن يكون موجباً للقصاص أو للمال ، فإن كان موجباً للقصاص ، فللسيد الراهن أن يقتصّ منه ؛ لأن عماد القصاص الزجرُ وشفاءُ الغيظ . والحاجةُ ماسة إلىٰ زجر العبيد عن الجناية على السادة ، وشفاءُ الغليل مما يحتاج السيد إليه ، فله القصاص . وإن كان يؤدي إلىٰ إبطال حق المرتهن من الوثيقة . ومهما[2] جرىٰ من المرهون ما يوجب القصاص ، لم يندفع القصاص بسبب حقِّ الغير في المالية .

وإن كانت الجناية موجبة للمال في جنسها ، أو كان موجباً للقصاص ، فعفا السيدُ علىٰ مال ، فلا يثبت المال أصلاً ؛ لأن السيد لا يستوجب في ذمة عبده مالاً على الابتداء قط .

وإذا لم يثبت له حق مال في رقبة عبده ، ولم يثبت القصاص ، أو ثبت وسقط ، فيبقى العبد مرهوناً إلى الفكاك .

هـٰذا ما أجمع عليه الأصحابُ ، ولم يحكِ أحدٌ فيه خلافاً إلا **صاحبُ التقريب** ، فإنّه ذكر وجهاً بعيداً فقال : ذهب **ابن سُريج** إلىٰ أَنَّ للسَّيد أن يبيع من العبد الجاني بقدر

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٤ .

(٢) « ومهما » : بمعنىٰ (وإذا) .

أرش الجناية ؛ حتىٰ ينفك الرهن في ذلك المقدار ، فيثبت له هـٰذا الحق ، وإن كان لا يثبت له دين علىٰ عبده .

وهـٰذا ضعيف جداً ، حكيناه ولا نعود إليه .

هـٰذا إذا كان تعلُّق الجناية بالطرف .

٣٦٦٦ـ فأما إذا قتل العبد المرهونُ السيدَ الراهن ، فإن أراد ورثتهُ الاقتصاصَ ، كان لهم ذلك . وإن لم تكن الجناية جنايةَ قصاص ، أو ثبت القصاص فأسقطوه بالعفو ، فلا يثبت لهم عُلقة مالية ؛ فإنا إن قلنا : الدية تجب للمقتول[1] ، ثم تنتقل منه إلىٰ وارثه ، فعلىٰ هـٰذا لو أثبتنا الدية للسيّد ، لأثبتناها للمالك . وقد ذكرنا أن ذلك محال .

وإن فرَّعنا علىٰ أن الدية تثبت ابتداءً للورثة ، فهم يملكون رقبة العبدِ الجاني ، في الوقت الذي يملكون فيه الدَّيْن لو أمكن ملكهم فيه . وكما لا يطرأ ثبوت الدين للسيد علىٰ ملكه ، وكذلك لا يقترنان ؛ فإنهما علىٰ حكم التناقض يتجاريان ، فكيف فرض الأمر لم يثبت للورثة/ حق مالي ؛ فيبقى العبد مرهوناً ، كما كان ، على المذهب المقطوع به . (ي ١٨٦)

٣٦٦٧ـ ولو جنى العبد المرهون على ابن السيد الراهن ، نُظر : فإن كانت الجناية على الطرف ، فللابن القصاصُ ، فإن استوفاه ، فذاك . وإن عفا علىٰ مالٍ ، أو كانت الجناية مالية ، فالعبد يباع في الأرش ، ويفك الرهن .

وإن لم يتفق من الابن تحصيلُ ذلك ، والمطالبةُ به حتىٰ مات ، وورثه أبوه الراهن ، لم يُخَلِّف[2] وارثاً غيرَه ، فهـٰذا موضع تردد الأصحاب .

منهم من قال : يثبت للأب حق فك الرهن علىٰ ما تقتضيه الجناية ؛ فإن المال لم يثبت له ابتداءً حتىٰ يحكم باستحالته .

ومن أصحابنا من قال : لا يثبت حق فك الرهن .

وبنى الأئمة هـٰذا الاختلافَ علىٰ أصل ، وهو أن من استحق ديناً علىٰ عبدٍ ، ثم

---

(١) في (ص) ، (ت٢) : الدية حيث تجب تجب للمقتول ، ثم تنتقل منه . . .

(٢) الجملة حالية .

ملكه ، فالدين الثابت قبل الملك هل يسقط بطريان الملك ؟ فيه خلافٌ مشهور . فإن حكمنا بأن الدين يسقط بالملك الطارىء ، قال الأصحاب : فعلىٰ هـٰذا لا يثبت للأب إذا ورث ابنَه حقُّ فك الرهن ، وسقط بما جرى الاستحقاقُ . وإن قلنا : الدينُ لا يسقط بالملك الطارىء ، فقد قال الأصحاب للأب حقُّ فكِّ الرهن في مسألتنا .

هـٰذا ما اشتملت عليه الطرق ، واتفق الأصحاب عليه ، كأنهم تواصَوْا فيه ، وهو في نهاية الإشكال ؛ من جهة أن الملكَ في العبد مستدامٌ ، والإرث إن أثبت له ملكاً أثبته جديداً علىٰ مملوكه ، فكيف يكون الاستحقاق الطارىء على الملك بمثابة الملك الطارىء على الاستحقاق ؟

ولـٰكن الأصحاب قالوا : إذا ثبت دينٌ ، ففي سقوطه بالملك الطارىء خلاف . فإذا ثبت الدين لغير المالك ، ثم انتقل إلى المالك ، فيخرّج هـٰذا على الخلاف ؛ فإن أصلَ الدين ثبت[1] .

فهـٰذا هو المنتهىٰ في ذلك ، نقلاً وتنبيهاً .

وكان القول فيه يتعلق بأن العبد له ذمة ، ولا احتكام للسيد عليه فيها . وإنما منعْنا معاملةَ السيد عبدَه القن ، من جهة أنا لا نرىٰ للعبد استمكان الخروج عما نقدّره لازماً ، والرق لا نهاية له . فإذا فرض للدين ثبوت في جهة ، فكأنهم علىٰ وجهٍ لا يستبعدون [٢] انتقاله إلى السيد بعد ارتباطه بالذمة ، كما لا يستبعدون [٢] بقاء الدين إذا طرأ الملك .

وكل ما ذكرناه فيه إذا جنى المرهون علىٰ طرف ابن الراهن ثم مات بسبب آخر .

٣٦٦٨ـ فأما إذا قتل المرهونُ ابنَ الراهن ، فإن كان القتل موجباً للقصاص ، فقد مضى القول في القصاص ، ووضح أنه لا دفع له إذا أراده مستحقُّه ، وإن كان القتل خطأً ، رتب الأئمة القولَ في ذلك على اختلافٍ سيأتي في الديات ، في أن الدية تجب

---

(١) كذا في النسخ الثلاث . ولعلها (ثابت) . ومن المفيد مراجعة المسألة في فتح العزيز بهامش المجموع : ١٠/ ١٥٢ـ١٥٤ ، وكذلك في روضة الطالبين : ٤/ ١٠٤ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ص) ، (ت٢) .

للقتيل أولاً ، ثم تنتقل إلىٰ ورثته ، أم تجب ابتداءً للورثة . قالوا : إن قلنا : تجب للورثة ابتداءً ، فلو أثبتناها ، لأثبتناها للسَّيد الوارث ابتداءً . وهـٰذا لا سبيل إليه ، فلا يثبت له حق فك الرهن .

وإن قلنا : الدية تثبت للمقتول ، ثم تنتقل إلىٰ ورثته ، فهـٰذا في الترتيب كأرش الطرف ، إذا ثبت للابن ، ثم مات بسببٍ آخر . وقد فصَّلنا هـٰذا .

٣٦٦٩ـ ولو جنى العبد المرهون علىٰ عبد الراهن تُصوِّرت **مسائل** عند ذلك :

إحداها ـ ألا يكون ذلك العبدُ المجنيُّ عليه مرهوناً ، فحكمه حكم ما لو جنىٰ علىٰ نفس الراهن . أمَّا القصاص ، فإلى المولىٰ ، وأما المال ، فلا يثبت كما مضىٰ .

ومن **المسائل** أن يجني العبد المرهون علىٰ عبد آخر للراهن مرهون عند إنسان آخر ، أما القصاص ، فكما مضىٰ . وإن كانت الجناية مالية ، أو آل الأمر إلى المال ، فقد تحقق اعتراض علىٰ حق المرتهن الذي قُتل العبد المرهون عنده/ ش ١٨٦ ، فإن كانت قيمةُ العبد القاتل مثلَ قيمة المقتول ، أو أقلّ منها ، بعناه ، ووضعنا ثمنه رهناً بدل العبد المقتول . وإن كانت قيمة الجاني أكثر ، فنبيع منه قدرَ قيمة المقتول ، ونضعه رهناً ، وإن كان التشقيص يتضمن تعييباً ، ففي بيع بعضه إبطالُ حق المالك ، وفيه أيضاً إبطال حق المرتهن الذي جنى العبد المرهون عنده . فإذا رضي المالك ، ومرتهنُ الجاني ببيع كلِّه ، بعناه ، وصرفنا مقدار قيمة المقتول إلىٰ مرتهن المقتول ، وجعلناه رهناً عنده ، وتركنا الباقي عند مرتهن الجاني .

وإن قال مرتهن الجاني : لست أرضىٰ ببيع الفاضل منه عن قدر القيمة ، وقال المالك : لست أرضىٰ بتنقيص ملكي بسبب التشقيص . وقد يفرض هـٰذا على العكس بأن يرضى المالك بالتشقيص ، ولا يرضى المرتهن ، فالذي يدل عليه كلام الأصحابِ أنّا نرعى المصلحةَ ولا نبالي بمن يحيد عنها ؛ فإن المالية هي المقصودة ، فإذا اجتمع اعتبار المالية ، وحقُّ الاختصاص بالغير ، فالمالية أولىٰ بالرعاية ، وإذا لم يكن بد من إجابة أحدهما واستحال الجمع ، فلا فرق في تقديم جانب علىٰ جانب ، إلا رعاية المصلحة .

٣٦٧٠ـ ومن تمام البيان في ذلك أن قيمة الجاني لو كانت مثلَ قيمة المقتول ، وكنا نفك الرهن بسبب مرتهن المقتول ، فلو قال الراهن لمرتهن المقتول : لا غرض لك في بيع هـٰذا العبد ، فاكتف برقبته ، حتىٰ أفك رهن مرتهن الجاني ، وأنقلَ حقك إلىٰ رقبته ، فإن رضي بذلك مرتهنُ المقتول ، جاز وفسخ الرهن في حق مرتهن الجاني ، ولا مجال له في المناقشة في هـٰذا ؛ فإن حقه إذا كان يرتفع ، فتعلقه باستدعاء البيع فضول .

أما مرتهن المقتول إذا قال : لست أبغي هـٰذا العبدَ ، فبعه ، وضع ثمنَه رهناً ، فهل يجاب إلىٰ ذلك ؟ ذكر **شيخي وصاحب التقريب وجهين في هـٰذا** : **أحدهما** ـ أنه لا يباع ؛ فإن حقه عاد إلى المالية ، والعبد الجاني قد تعلق الأرش برقبته ، فهو أقرب من قيمته . **والوجه الثاني** ـ أنه يجاب فيباع ؛ فإنه يقول : كان حقي في رقبة العبد الذي قتل ، فإذا قتل ، فحقي في قيمته ، فلا أرضىٰ إلا بها .

ولا خلاف أنه لو أتىٰ بعبدٍ آخر ، وأراد أن يُجبر المرتهنَ علىٰ قبوله رهناً ، بدل العبد المقتول ، لم يُجبَر المرتهنُ علىٰ قبوله ؛ فإنه ليس قيمة ، ولا متعلّق قيمة والعبد الجاني قد تعلق القيمةُ برقبته .

ولم نطوّل الفصلَ بذكر القتل الواقع عمداً ، مع تصوير العفو مطلقاً ، أو علىٰ مال . وتخريجه على اختلاف الأقوال ، ولـٰكنا نذكر قولاً وجيزاً ، فنقول : إذا ثبت حق القصاص للراهن على العبد المرهون ، وكان قتل عبداً آخر مرهوناً عند آخر ، فإن أراد الاقتصاصَ ، فلا منع ، وإن أراد العفو علىٰ مالٍ ، ثبت المال ، وتعلق به حق مرتهن المقتول . وإن عفا علىٰ غير مال ، فهو في العفو علىٰ غير مالٍ كالمفلس يعفو عن قصاصٍ ، ثبت له علىٰ غير مالٍ ، والديون محيطةٌ والحجر مطرد ، وذلك لأن الراهن محجورٌ عليه حجرَ خصوصٍ في المرهون ، كما أن المفلس محجور عليه . وتفصيل هـٰذا يأتي في كتاب الجراح ، إن شاء الله تعالىٰ .

وكل ما ذكرناه فيه إذا قتل عبد مرهونٌ عبداً آخر لذلك الراهن ، وكان مرهوناً عند رجل آخر .

٣٦٧١ـ فأما إذا رهن رجل عبدين عند آخر ، فقتل أحد العبدين الآخر ، فإن كانا مرهونين بدين واحد ، فقد فات العبدُ الذي مات ، والعبدُ الباقي مرتهنٌ بجميع الدين ، ولا حاجةَ إلىٰ تكلف نقل ، وكنا هـٰكذا نقول لو مات أحدهما حتف أنفه .

ي ١٨٧ فأمّا/ إذا رهن كلَّ واحد من العبدين بدينٍ مغاير للدين الآخر . فإذا قتل أحدُ العبدين الثاني ، وقال المرتهن للراهن : قرِّر الدينَ المتعلقَ برقبة القاتل ، وانقل إلىٰ رقبته الدينَ الذي كان متعلقاً برقبة العبد الذي قُتل ، فلسنا نجيبه إلىٰ ذلك . اتفق الأصحاب عليه ، فليقطع الناظر إمكان ذلك عن فكره ؛ والسبب فيه أنه ما لم يفك عن الرهن المتعلِّق به ، لا يتصور ربطُ دين آخر به .

هـٰذا سبيل اعتراض الجنايات على المرهون . فإذا أردنا تقريرَ الرهن الأول ، ونقلَ الدين الثاني ، لم يكن ذلك علىٰ مقتضىٰ تأثير الجناية في الرهن .

فإذا ثبت هـٰذا ، نظرنا بعده ، وقلنا : إن كان [الدين][1] المتعلق بالقاتل أكثر من الدين الذي كان متعلقاً بالمقتول ، فلا فائدة في نقض[2] رهن القاتل ، ونقل رهن المقتول إليه ، وليقع الفرض فيه إذا استوى الدينان في التأجيل والتعجيل ، كذلك إذا استوىٰ مقدار الدينين مع ما ذكرناه . فلا غرض ، فإذا استدعى المرتهن النقل ، لم نسعفه واعتقدناه ملتمساً شيئاً غير مفيد .

نعم لو قال : بيعوا هـٰذا الجاني ، وضعوا قيمته رهناً ؛ فإني لا آمنه ، وقد يبدر منه ما بدر ، والقيمة أبعد عن قبول الآفات من العبد ، فهل يجاب لهـٰذا الغرض إلىٰ ما يريد ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال : نجيبه إلىٰ مهواه ؛ فإنه ذكر غرضاً صحيحاً ، وقد حدث ما يوجب تغييراً على الجملة . **والثاني ـ** أنا لا نجيبه كما لو ارتهن عبداً ، فبدر منه هناةٌ قرَّبته من الهلاك ، فقال : بيعوه أثق بثمنه[3] ، لم نجبه إلا أن يمرض مرضاً يخافُ موته ، فيلحق التفصيل بالمطعوم الذي يُسرع الفساد إليه . وقد مضىٰ .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : نقل .
(٣) في (ت٢) : وأَبق ثمنه . وأثق بثمنه : أي اتخذ ثمنَه وثيقةً .

فإن قلنا : لا نجيب المرتهن في مسألة الجناية ، فلا كلام .

وإن قلنا : نجيبه ، فنضع ثمنه إذا بعناه رهناً بالدين الذي كان متعلقاً برقبة المقتول . هـٰكذا يقع[1] الأمر ، وإن كان الغرض لا يختلف في المقدار والحلول والتأجيل ، حتىٰ لو كان الدين المتعلق بالقاتل أكثر ، لم نجعل ثمنه رهناً إلا بالدين الأقل ؛ فإنّ بيع العبد بسبب الجناية ، مع تبقية القيمة في ذلك الرهن بعينه محال .

ولو اختلف الجنس وكان أحدهما دنانيرَ والآخر دراهم ، ولـٰكنَّ المقدارين متساويان في المالية ، وكانت الدراهم بحيث لو قومت بالدنانير ، لبلغت قيمتُها مبلغَ الدنانير ، التي هي أحد الدينين ، فليس اختلاف الجنس من اختلاف الغرض . ولو كان الدينان متفاوتين بالحلول والتأجيل ، فهـٰذا من الأغراض ، ولا فرق بين أن يكون دينُ المقتول مؤجلاً أو حالاً ؛ [إذ][2] في الحالّ غرض ليس في المؤجل ، وفي المؤجل غرض ليس في الحال ؛ فإن القاتل لو كان رهناً بالحال ، نقلنا[3] إلى المؤجل ليتوثق ، ويستوفى الحالُّ في الحال . وإن كان القاتل رهناً بالمؤجَّل ، ننقله إلى الحالّ ، فيبيعه فيه . وهـٰذا غرض ظاهر .

ومبنى المسألة على اتباع الغرض . فإن لم يكن في النقل غرض ، فلا نقلَ إلا في استدعاء جواز البيع ؛ فإن فيه اختلافاً ذكرته .

وإنما ينتظم ذكر الأغراض إذا فرعنا علىٰ أنه لا يجاب إلىٰ بيع القاتل إذا لم يلُح غرضٌ غيرُ البيع .

ثم ذكرَ **الشافعي** إقرارَ العبد المرهون بما يوجب القصاص ، وبما يوجب المال ، وقد تقدم القول فيهما ، وذكرنا التفصيل فيه إذا/ أقر بما يوجب القصاص ، وقبلنا إقرارَه في العقوبة ، فعفا المقَرُّ له علىٰ مالٍ . ١٨٧ ش

---

(١) ساقطة من (ص) ، (ت٢) .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) كذا بدون ذكر المفعول (أعني المنقول) . فهو مفهوم من الكلام .

٣٦٧٢ـ ثم قال : « فإن كان السيد أمر العبد بالجناية . . . إلىٰ آخره »[١] .

إذا رهن عبداً وأقبضه ، ثم أمره بالجناية ، فإن كان مميِّزاً ، ولم يصدر من السيد إكراهٌ ، فلا أثر لأمره ، فيما يتعلق بأحكام الجناية ، وحكم الجناية الصادرةِ عن أمره كحكم الجناية التي يستبدّ بها . وإن كان غير مميز ولـٰكن كان أَلِفاً لاتِّباع أمر سيده إلفَ السبُع [لمن][٢] يقوم عليه ، وكان يسترسل في الجناية عند الأمر طبعاً ، استرسالَ السبع عند الإشلاء[٣] والإغراء ، فإذا أشار السيد إلىٰ مثل هـٰذا العبدِ ، فانطلق ، وقتل إنساناً ، أما السيد فحكمه حكم المكرِه على القتل ، وأمّا العبد ، فلا شك أنه لا يتعرض لاستحقاق عقوبة ولا تمييز له ، فالعقوبة على المكلّف ، وفي تعلق الأرش برقبة مثل هـٰذا العبد **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ أنه يتعلق برقبته بصدور عين الفعل منه . **والثاني** ـ لا يتعلق برقبته ؛ فإنه كالآلة المردَّدة ، وكالسبع يغريه القائم عليه ، ثم لا يتعلق برقبة الفهد المغرَىٰ شيء ، كما لا يتعلق بالسيف والأسلحة .

ولو أكره السيد عبدَه المختارَ على الجناية ، ففي المكرَه قولان ، وتفاصيل طويلة ستأتي في كتاب الجراح ، إن شاء الله تعالىٰ .

وقدر غرضنا منها أنا إن جعلنا المكرَه كالآلة ، ولم نعلِّق به غرضاً ، ولا عقوبة ، فلا يمتنع أن نخرّج المسألةَ فيه علىٰ وجهين ، في أن الأرش هل يتعلق برقبته أم لا ؟ كما ذكرناه في العبد الأعجمي[٤] ، ولا يبعد أن يرتب ، ويجعل المكرَه أولىٰ بأن يتعلق برقبته من قِبَل أن التكليف ليس منقطعاً عنه ، وإن كان مُكرهاً على القتل ، فتأثيمه من أحكام ثبوت اختياره ، وليس كالعبد الأعجمي .

وحقائق هـٰذه الفصول تأتي في الجنايات ، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٥ .

(٢) في النسخ الثلاث : « لم » والمثبت تقدير منا لا يستقيم الكلام إلا به .

(٣) الإشلاء : الإغراء ، يقال : أشلى الكلبَ على الصيد : أغراه به ، وأطلقه عليه (معجم) .

(٤) المراد العبد الذي يألف سيده إلف السبع . والذي ذكره آنفاً .

فصل

قال : « ولو أذن له ، فرهنه ، فجنىٰ ، فبيع في الجناية ، فأشبهُ الأمرين أنه غير ضامنٍ ، وليس كالمستعيرِ الذي منفعته مشغولة. . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٦٧٣- إذا استعار رجل عبداً من مالكه ليرهنه بدين عليه ، فقد أطلق الأصحاب أنه إذا رهن العبد المستعار بإذن مولاه ، فالرهن جائز . ثم قالوا في حقيقة هـٰذا الرهنِ **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يُنحىٰ به نحو الضمان . **والثاني** ـ أنه يُنحىٰ به نحو العاريّة ، فنبيّن القولين ، ثم نوجههما ، ثم نفرّع عليهما .

أما بيانهما : فمن قال : سبيله سبيلُ الضمان ، فتقديره أنه إذا أذن للمستعير أن يُلزم رقبةَ العبد المستعار مالاً ، وسيد العبد وإن كان بريئاً عن دين المستعير ، فلو ضمنه ، لصار ملتزماً ماله . فهـٰذا في حكم ضمانٍ في عين العبد ، ومالكُ العبد متبرع به ، تبرّعَ الضامنين بإنشاء الضّمان .

ومن قال : يجري مجرى العارية ، فمعناه أن المستعير ينتفع بمنافع المستعار ، فكأنه جعل التوثق برقبته انتفاعاً به ، فهـٰذا معنىٰ جريانه مجرى العواري .

٣٦٧٤- توجيه القولين : من نزله منزلة الضمان ، فوجهه أن المالك بريء عن دين المستعير ، وإذا ثبت الرهنُ وانبرم بالقبض ، فموجبه اللزوم ، ولا وجهَ للزوم الدين في حق البريء عنه إلا الضّمان ، غيرَ أن المالك يتصرف في ذمته ، ويتصرف في أعيان ملكه ، ثم ملك أن يُلزم ذمته البريئة دينَ الغير بطريق الضّمانِ ، فيملك أن يُلزم رقبةَ ماله دينَ الغير متبرعاً ، وهو في الوجهين متصرِّفٌ في محل تمكنه ومِلكه ، غيرَ أنه إن ضمن ، فلا/ تعلق للمضمون بماله ، وإذا علق الدينَ بماله ، فلا تعلّق له بذمته . ١٨٨ ي

ومن قال : يُنحىٰ به نحو العارية ، فوجهه أن الضمان محلُّه الذمة ، فلا يتعلق الملتزَم بعينٍ قط ، وهـٰذا الحق يتعلق بالعين ، وراهنه مستعيرٌ ، فالرهن عاريةٌ في جهة مخصوصة .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٥ .

ونصُّ **الشافعي** مردَّدٌ بين القولين ، فإنه قال : « فأشبه الأمرين » ، فكان هـٰذا ترديداً . ثم قال : « وليس هـٰذا كالمستعير » ، ففي نصه تردد ، وصغوُه إلىٰ قول الضمان .

أمّا التفريع ، فقد اختلفت الطرق ، وتباينت المسالك . والسبب فيه ميلُ هـٰذا الأصل عن قياس القواعد ، وبعده عن الأفهام ، فلا يكاد يحيط بأطراف المسألة إلا فقيه موفق .

٣٦٧٥ـ فأول ما نصدّر الكلامَ به بعد ذلك أن **العراقيين** حَكَوْا عن **ابن سريج** أنه قال : إن جعلنا الرهن مشبهاً بالضّمان ، فهو صحيح ثابت . وإن قلنا : يُنحَىٰ به نحو العواري ، فالرهن غير صحيح ؛ فإن من حُكم الرهن أن يلزم بالقبض ، والعارية لا تلزم . فلا وجه لجمع حكميهما النقيضين . ولـٰكن كأن المعير وعد المستعير أن يرخص له في بيع المستعار ، وصرفِ ثمنه إلىٰ دينه ، وليس بينهما إلا موعد ورجاء . فإن وفىٰ فحسن ، وإن أخلف ، فله ذلك .

وهـٰذا قريب في القياس بعيد في الحكاية . وسيكون لنا في أثناء الفصل إلىٰ هـٰذا عودةٌ مقرونة بتنبيه . فليقع التفريع علىٰ صحة الرهن . فالتفاريع نخرّجها على القولين ، فنذكر من قضايا الفصل أحكاماً ، ونفرّع كل حكم على القولين ، وإذا نجزت ، تعدَّينا إلىٰ حكمٍ آخر ، حتىٰ نأتي علىٰ أطراف المسألة .

٣٦٧٦ـ فالذي أرىٰ تقديمه القولُ في لزوم هـٰذا الرهن . فإن فرَّعنا علىٰ قول العارية ، فالذي ذكره **القاضي** أن للمعير أن يرجع عن إذنه قبل جريان الرهن ، وله أن يفسخ الرهن بعد جريانه ، وقبل اتصاله بالقبض ، فإذا اتصل بالقبض ، لم يملك المعيرُ فسخَ الرهن ، والرجوعَ في العارية ؛ فإنه لو ملك ذلك ، لم يكن لهـٰذا الرهن معنىً ، ولم تحصل به الثقة .

ومن دقيق ما ينبغي أن يتأمله الناظر في هـٰذه التفاريع الفرقُ بين المستعير وبين المرتهن ، فالعارية متمحضة علىٰ قول العارية ، في حق المستعير ، فأما المرتهن ، فليس مستعيراً وإذا لم يكن مستعيراً ، وجب أن تثبت له خاصية الرهن ، وهي وثيقة ،

ولا وثيقة من غير ثقة ، ولا ثقة مع إمكان الرجوع ، ورب عارية تُفضي إلى اللزوم ؛ فإن من استعار بقعةً ليدفن فيها ميتاً ، فدفن ، لم يجز نبشه ، إلىٰ غير ذلك من نظائرَ ستأتي إن شاء الله تعالىٰ .

وقطع **صاحب التقريب والشيخ أبو محمد** ، والأثبات من أصحاب **القفال** أن الرهن لا ينتهي إلى اللزوم علىٰ قول العارية ؛ والمعير متىٰ شاء رجع ، واستردّ ، وإن اتصل الرهن بالقبض .

وذكر **صاحب التقريب** وجهين في صورةٍ : وهي أنه لو كان الدين مؤجلاً ، قال : يجوز له أن يرجع بعد حلول الأجل . وهل له أن يرجع قبل حلول الأجل ؟ فيه **وجهان** : **أحدهما** ـ يجوز ، كما لو كان حالاً ، [إذ][1] لم تلزم العارية .

والثاني ـ يجوز ؛ لأنه أقّت إذنه ، ورُبط به شيء فصار كما لو أعار للغراس إلىٰ مدة .

هـٰذا بيان اختلاف الطرق علىٰ قول العارية .

٣٦٧٧ـ فأما إذا فرّعنا علىٰ قول الضمان ، فإذا اتصل الرهنُ بالقبض ، لزم علىٰ هـٰذا القول ؛ ولم يملك المعير الانفراد بالرجوع . وهـٰذا علىٰ هـٰذا القول متفق عليه بين الأصحاب .

ولو أراد المعير الرجوعَ بعد الرهن ، وقبل القبض ، مَلَك . فإن قيل : لم كان كذلك ؟ وهلا ثبت الضمان لازماً في حق المعير بنفس عقد/ الرهن ؟ قلنا : لا شك أن المستعير يتخير قبل الإقباض في فسخ الرهن ، فإذا لم يلزم الرهن في حقه ، وعليه الدين ، فكيف يلزم في حق المعير . والتحقيق فيه أن الرهن إذا تم ، حل محلَّ الضمان ، ولا يتم إلا إذا اتصل بقبضٍ . ١٨٨ ش

والذي يُظهر سرَّ هـٰذا الفصل في هـٰذا المقام أن الذين صاروا إلىٰ أن الرهن لا ينتهي إلى اللزوم علىٰ قول العارية ما نراهم يُثبتون من الرهن إلا اسماً ولقباً . وعندي أن مذهبهم موافقٌ لما حكاه **العراقيون** عن **ابن سريج** ؛ فإن الرهن إذا كان لا يلزم ،

---

(١) في الأصل : إذا .

ولا يملك الراهنُ المستعيرُ بيعَ الرهن في دينه كما سنذكره ، فلا أثر للحكم بصحة الرهن ، ويؤول القول فيه إلىٰ وعد مجرد .

٣٦٧٨ـ ومما نفرعه أنا إذا قلنا : هـٰذا عارية ، وحل الحق أو وَقع الرهن بدَيْنٍ حالٍّ أوّلاً ، فلو أراد المستعير بيعَه وصرْفَ الثمن إلىٰ دينه ، من غير مراجعةِ مالك العين ، لم يجد إليه سبيلاً ، فلا يبيعه إلا بإذن مجدد ، صرح بهـٰذا معظم الأصحاب . ورمز به آخرون .

وإن فرعنا علىٰ قول الضمان ، فلا يملك المستعير الانفراد بالبيع أيضاً ما وجد اقتداراً علىٰ أداء الدين من ماله ، فإن أفلس ، ولم يجد ما يؤدي به دينَه ، فيباع المرهون في دينه وإن سَخِط المعير .

فانتظم من هـٰذا أنا إذا فرّعنا علىٰ قول العارية ، فلا سبيل إلى البيع في اليسار والإعسار إلا بإذن مجدد ، ونفسُ الإذن في الرهن لا يكون إذناً في البيع . وإن فرَّعنا علىٰ قول الضمان ، لم يجز البيع إلا عند العجز عن الأداء . فإذا تحقق ، لم نرعَ رضا المالك المعير . وما ذكره من التفريع علىٰ قول العارية يؤكد تخريجَ **ابن سريج** ، ويوهي الحكمَ بصحة الرهن ، فليتنبه الناظر لما يمرّ به .

وقياسُ طريق **القاضي** إذا حكم بلزوم الرهن علىٰ قول العارية أن يجوز بيعُ الرهن عند الإعسار من غير مراجعة ، كما يجوز ذلك علىٰ قول الضمان . هـٰذا قياسه . ولـٰكن لم يتعرض له صريحاً .

٣٦٧٩ـ وممّا نفرعه القولُ في أن المعير هل يجبر المستعير علىٰ فك الرهن ؟ أما من قال : لا يلزم الرهن علىٰ قول العارية ، فلا فائدة لهـٰذا ، والمعيرُ مستبد[1] بالرجوع متىٰ شاء .

وإن ألزمنا الرهن علىٰ قول الضمان ، اتجه إجبار المعير المستعيرَ علىٰ فك الرهن . [قال **القاضي** : إن كان الدين حالاً ، ملك المعير إجبار المستعير علىٰ فك الرهن][2] ،

---

(١) في (ص) : مستند .

(٢) ساقط من الأصل .

سواء قلنا : إنه عارية ، أو ضمان وليؤدِّ الدين من ماله . ولا شك أن هـٰذا في حالة يساره . وإن كان الدين مؤجلاً ، قال : خرج الإجبار على الفك علىٰ **القولين** : فإن قلنا : الرهن عارية ، ملك إجبارَ المستعير على الفك ، فأثر العاريةِ عند **القاضي** يظهر في الدين المؤجل ، وكأنه جعل الإجبار على الفك من آثار العواري .

وإن قلنا : الرهن ضمان ، فلا يملك إجبارَ المستعير على الفك ، كما لو ضمن ديناً مؤجلاً ؛ فإنه لم يملك إجبارَ الأصيل المضمون عنه علىٰ تبرئة ذمته بأداء ما عليه من الدين .

ولو كان الدين حالاً ، فقد نقول : يملك الضامن بإذن المضمون له إجبارَ المضمون عنه علىٰ أداء ما عليه حتىٰ يبرأ الضامن .

فإن قيل : أليس ذلك مختلَفاً فيه ؟ قلنا : نعم اختلف الأصحاب في أن من ضمن ديناً بإذن من عليه الدين ، فهل يملك إجبارَه علىٰ أداء ما عليه ؟ فإن قيل : هلاَّ خرجتم الرهن في قول الضمان علىٰ هـٰذا الخلاف ، حتىٰ تحكموا بأن إجبارَ المستعير علىٰ فك الرهن والدين/ يخرج علىٰ وجهين ؟ قلنا : بين المسألتين فرق ؛ وذلك أن الضامن قبل أن يغرَم ليس عليه بأس إلا تعلق الدين بذمته ، وليس كذلك ما نحن فيه ؛ فإن العبد المستعار مشتغل بوثيقة الرهن ، فكان هـٰذا شبيهاً بأداء[1] الضامن ما ضمنه ، ولو أداه يرجع به على المضمون عنه إذا كان الضمان مأذوناً فيه ، وهـٰذا مضمومٌ[2] إلى العلم بأن الرهن ليس ضماناً محضاً ، وهو مشوب نقصاً بالعارية (٣ وكأن حقيقة الخلاف راجع إلىٰ أن المغلّبَ حكم الضمان أو حكم العارية ٣) ومن طلب من المشوبات مقتضى التمحّض ، لم يكن علىٰ بصيرة .

١٨٩ ي

٣٦٨٠ـ ومما نفرعه أن العبد المستعار المرهون لو مات في يد المرتهن ، فحكم الضمان مفرّع علىٰ **القولين** : فإن أجرينا الرهن مجرى العارية ، وجب ضمان القيمة على المستعير ؛ فإن العارية مضمونة .

---

(١) في (ص) : شبهاً بإذن الضامن ، (ت٢) : سببها بإذن الضامن .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : مضمون .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .

وإذا قلنا : سبيله سبيل الضمان ، فلا ضمان . فإن قيل : هلا جعلتم تلف العبد علىٰ حكم المستعير ، بمثابة تلف مالٍ في يد إنسانٍ قد أخذه ليصرفه إلىٰ دينه ؟ قلنا : ذلك اقتراض في الحقيقة ، وما نحن فيه تعليق برقبة العبد ، والأداء منه مرقوب ، فإذا فرض التلف ، فلا ضمان ، قال **القاضي** : إذا ضَمَّنا المستعيرَ علىٰ قول العارية ، فلا ضمان على المرتهن ؛ فإنه ليس مستعيراً ، وإنما المستعير هو الراهن ، والمرتهن يمسكه رهناً ، لا عارية . وهـٰذا حسن منقاس .

وإذا فرع مفرع علىٰ قول **ابن سريج** ، ففي تعليق الضمان بالمرتهن نفسِه تردّدٌ ، والظاهر أن لا ضمان عليه .

٣٦٨١ـ ومما نفرعه جنايةُ العبد المستعار ، فإن حكمنا بأن الرهن ضمان ، فلا يجب على المستعير ضمان أرش الجناية ؛ فإن يد المستعير علىٰ هـٰذا القول ليست يد ضمان ، فما الظن على اليد المتفرعة علىٰ يده .

وإن قلنا : الرهن عارية ، فيد المستعير يدُ ضمان ، فهل يضمن أرشَ جناية العبد المستعار ؟ فعلىٰ **وجهين** مبنيّين علىٰ أن العارية تُضمن ضمان الغصوب أم لا ؟ فإن قلنا : تضمن[1] ضمان الغصوب ، فيضمَن أرشَ جناية العبد ؛ قياساً على العبد المغصوب يجني في يد الغاصب . وإن قلنا : لا تضمن العاريةُ ضمان الغصوب ، فلا يضمن المستعيرُ أرش الجناية ، والأقيسُ الوجه الأول . وهـٰذا موضع نص **الشافعي** في المسألة ، فإنه **قال** : « **لو أذن له ، فرهنه ، فجنىٰ ، فأشبه الأمرين أنه غيرُ ضامنٍ ، وليس كالمستعير** » ، فالنص دليل علىٰ أن التفريع علىٰ قول الضمان . وفيه دليل علىٰ أن المستعير يضمن أرشَ جناية المستعار ؛ فإنه **قال** : « **وليس كالمستعير** » .

٣٦٨٢ـ ومما يتفرع على القولين أن العبد إذا بيع في دين المستعير إما بإذنٍ مجرّد ، أو[2] بتصوير الاضطرار من المستعير فبماذا الرجوع ؟ وكيف السبيل ؟ لا شك أن

---

(١) في (ت٢) : إنها لا تضمن .

(٢) في (ص) ، (ت٢) : وبتصوّر الاضطرار .

المستعير إذا صرف ثمنَ العبد إلىٰ دينه ، حيث يصح ذلك ، فالسيد يرجع على المستعير ، فإنْ بِيع بمقدار قيمته ، فلا كلام .

وإن كانت قيمتُه ألفاً واتفق بيعه بألفٍ ومائةٍ ، فمالك العبد بكم يرجع على المستعير إذا صرف الثمن كاملاً في دينه ؟ هـٰذا ينبني على القولين : فإن قلنا : الرهن ضمان ، فالرجوع على المستعير بالثمن بالغاً ما بلغ ، ووجهه بيّن . وإن فرعنا علىٰ قول العارية ، فالرجوع على المستعير بكم ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يرجع عليه بالثمن أيضاً ، وهو قياس بيّن . **والثاني** ـ أن المعير يرجع على المستعير بالقيمة ، ولا يجد مرجعاً بالمائة الزائدة عليها ؛ فإن العارية سبيلُ ضمانها القيمةُ ، فلا يرجع المعير إلا بها ، ولا يرجع بالزائد عليها .

وهـٰذا ضعيفٌ في القياسِ ، ولا أصل لاستبداد المستعير/ بالزائد على القيمة ، وهو من ثمن ملك المعير ، ولم يجرِ ما يتضمن اختصاصَ المستعير به . وهـٰذا الوجه علىٰ ضعفه لم يَحْكِ **القاضي** علىٰ قول العارية غيرَه .

١٨٩ ش

وممّا يتفرع على القولين أن العبد المستعار لو كانت قيمتُه العدل مائة ، فبيع بمائة إلا دينار[1] أو أكثر ، ولم ينته النقصانُ إلىٰ مبلغٍ يعد غبناً ، بل كان مقداراً يتغابن الناسُ في مثله . فإذا جرىٰ ذلك ، وصرفه المستعير إلىٰ دينه . فإن قلنا : الرهن ضمان ، لم يرجع المعير على المستعير إلا بمقدار الثمن . وإن قلنا : الرهن عارية ، رجع المعير بالقيمة الكاملة ، وهي المائة ، ولم يحط القدرَ الذي يتغابن في مثله .

٣٦٨٣ـ ومما نفرعه أنا إذا قلنا : الرهن عارية ، فلا حاجة إلىٰ إعلام القدر الذي سيقع الرهنُ به ، ويكفي أن يستعير عبدَه مطلقاً ، ويستأذنَه أن يرهنه ولا يشترط أن يُبيِّن جنسَ ما يقع الرهن به ، وقدرَه ، ولا كونَه حالاً أو مؤجلاً .

وإن قلنا : الرهن ضمان ، فلا بد من إعلام الجنس ، والقدر ، والتعرض لبيان

---

(١) كذا في النسخ الثلاث (دينار) غير منصوبة ، وقد سبق نظير لذلك ، وأشرنا في تعليقنا إلا أنه لا وجه لـه إلا ما جاء بالرفع في روايةٍ للحديث الشريف : « كل أمتي معافىً إلا (المجاهرون) » . . ! ؟

الحلول والتأجيل ؛ فإن الإعلام شرطٌ في صحة الضمان .

وإذا قلنا : إعلام هٰذه الأشياء ليس بشرط علىٰ قول العارية ، فلو نصَّ المعير علىٰ شيء منها ، لم يكن للمستعير أن يخالفَه ، ويزيدَ ، وإن كان يجوز إطلاق الإذن من غير إعلامٍ ، وذلك لأنه إذا أمَرَ ، وقدَّر ، فيجب إيقاع أمره ؛ فإنه المستند والمعتمد في الباب .

ومن ذلك أنا علىٰ قول العارية ، لا نشترط أن يعيّن المعير من يرهن منه المستعار ، بل يجوز إجراء الإذن فيه على الإطلاق ، فلو عيّن المعيرُ شخصاً ، فلا يجوز للمستعير أن يرهنه من غيره ؛ لما ذكرناه من وجوب اتباع الأمر . ولو قال المستعير : [أرهنه][1] من فلان ، فكان التعيين من [جهته][2] ، ولم يصدر من المعير اقتراحٌ فيه ، ولٰكنه نزَّل الإذنَ علىٰ حسب التماس المستعير ، فالذي يقتضيه الرأي أن من عيَّنه المستعير يتعيّن ، وإن لم يعين المعيرُ بتعيينه ابتداءً ؛ فإن كلام المعير مبنيٌّ علىٰ كلام المستعير منزّل عليه .

ولو فرعنا علىٰ قول الضمان ، فعيَّن المعيرُ شخصاً ، ولم يرضَ أن يرتهن غيرَه ، فلا مَعْدل عنه . وإن أطلق ، ولم يتعرض لتعيين المرتهن والتفريع علىٰ قول الضّمان ، ووجوب الإعلام ، فهل يصح الإذن علىٰ هٰذا الوجه مطلقاً من غير تعيين من يرتهن ؟ فعلىٰ وجهين ذكرهما صاحب التقريب : **أحدهما** ـ أنه لا يصح الإذنُ مع الإطلاق في ذكر المرتهن ، حتىٰ يُعيَّن . **والثاني** ـ لا حاجة إلىٰ ذلك ، والمستعير يرهنه ممن شاء .

وهٰذا الخلاف ينبني علىٰ تردد الأصحاب في أنا هل نشترط في صحة الضّمان أن يكون المضمون له معلوماً أمْ لا ؟ ثم قال الأصحاب : لا يجوز للمستعير أن يخالف المعير فيما رسم له ؛ فإن أصل أمره على اتباع الإذن ، حتىٰ لو أذن في الرهن بدراهم ، لم يجز الرهن بالدنانير . [وكذلك القول في عكس هٰذا . ولو أذن في الرهن بالحال ،

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : جهة .

لم يرهن بالمؤجل][1] . وكذلك لو أذنَ في الرهن المؤجل ، لم يرهن بالحال . والأغراض تختلف بالحلول والتأجيل ، ولا يكاد يخفىٰ تقريره ؛ فيجب اتباع مراسم المعير المالك .

٣٦٨٤ـ ولو قال للمستعير : أذنت لك في أن ترهنه بمائةٍ ، فلو رهنه بخمسين ، جاز ذلك ، ولا يعد النقصان في المقدار مخالفةً ، بل إذا نقص ، فقد زاد بالنقصان خيراً وحطَّ وبالاً وضُرّاً ؛ فهو بمثابة ما لو قال مالك المتاع لوكيله : بعْ هـٰذا العبدَ بألف ، فلو باعه الوكيل بألفين ، صح ، ولا مرد لتلك/ الزيادة ، والرجوع في أمثال هـٰذا إلى العرف ، ومعلوم أن هـٰذا لا يعد مخالفة ، بل يعد موافقةً . وسنذكر تحقيقَ هـٰذا في كتاب الوكالة ، إن شاء الله تعالىٰ . ١٩٠ ي

ولو قال المعير : ارهنه بألفٍ ، فرهنه بألفين ، فالزيادة مخالفة ، ثم قال معظم الأصحاب : إذا خالف وزاد ، لم يصح الرهن في مقدار الموافقة أيضاً ؛ لأنه بنىٰ صيغة العقد علىٰ مخالفة المالك ، فلم يصح .

وخرّج **صاحب التقريب** قولاً آخر : أن الرهن يصح في المقدار الذي عينه المعير ، ورضي به ، والزيادة مردودة . وزعم **صاحب التقريب** أن هـٰذا يُخرّج على اختلاف القول في تفريق الصفقة ؛ فإنه جمع بين ألفٍ لا إذن فيه ، وبين ألفٍ مأذونٍ فيه ، فإذا بطل العقد في الألف الزائد ، ففي المزيد الخلافُ الذي ذكرناه .

وهـٰذا لم يصححه المحققون ، ورأَوْا القطعَ ببطلان الرهن .

ولا خلاف أن من وكل إنساناً ببيع عبد ، واقتضىٰ مطلقُ التوكيل البيعَ بثمن المثل ، فلو باعه بغبنٍ ، فالبيع مردود . ولا يقال : نصحح البيعَ في مقدارٍ من العبد يكون الثمن قيمة عدلٍ له ، ونحذف جزءاً من العبد عن مقتضى العقد . وتقديرُ الزيادة في المبيع كتقدير الزيادة في الثمن إذا وقعت الزيادة علىٰ موجب المخالفة .

٣٦٨٥ـ ثم قال **القاضي** : لو جرى الرهن ، واتصل بالقبض ، ثم إنَّ المالك المعير

---

(١) ساقط من الأصل .

أعتق عبده ، فنفوذ عتقه يخرّج على القولين ، فإن قلنا : الرهن ضمان ، فالعتق ينفذ ، وإن قلنا : إنه عارية ، فإعتاقه إياه بمثابة إعتاق الراهن المالك العبدَ المرهون ، وفيه الأقوال المعروفة . وهـٰذا خرّجه **القاضي** علىٰ طريقةٍ في الحكم بلزوم الرهن علىٰ قول العارية ، ثم رأى الرهنَ علىٰ قول العارية رهناً محضاً في حق المرتهن لازماً ، ورآه علىٰ قول الضمان غير متأكد في التعلق بالرقبة . ومعظم الأصحاب علىٰ مخالفته في ذلك ؛ فإنهم ضعفوا الرهنَ وحكمَه علىٰ قول العارية ، وألزموه وأكدوه علىٰ قول الضمان . وما ذكره جارٍ علىٰ قياسه . ولـٰكن في قطعه بنفوذ العتق علىٰ قولِ الضمان كلام .

والوجه عندنا تنزيلُ العبد علىٰ قول الضمان منزلة العبد الجاني الذي تعلق الأرش برقبته . وقد فصلنا القول في بيعه ورهنه .

٣٦٨٦ـ ومما يتم به بيان الفصلِ أن **القاضي** سئل في التفريع علىٰ قول الضمان ، وقيل له : لو قال : مالك العبد : ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عبدي هـٰذا ، فكيف حكم هـٰذا ؟ فقال : إذا فرعنا علىٰ قول الضمان ، تعلّق الدين برقبة العبد ، وكان بمثابة الرهن المستعار ، فإن شئنا قلنا : رهن العبد المستعار ضمانٌ في رقبته ، أو قلنا : الضمان في رقبته رهنٌ .

وهـٰذا الذي ذكره حسن بالغ على الجملة ، ولـٰكن فيه تفصيل ، فإذا قال مالك العبد لمستعيره : ارهنه بدينك ، فقد أنابه مناب نفسه في الضمان في رقبة عبده ، فاجتمع رضا المالك ، وإنشاءُ الرهن ، وقبولُ المرتهن . وإذا قال المالك : ضمنت ما لفلان عليك في رقبة هـٰذا العبد ، ولم يُوجَد قبولٌ من المضمون له ففي هـٰذا تردُّدٌ . وظاهرُ كلام **القاضي** أن ذلك يكفي ، تفريعاً علىٰ أنه لا يشترط في الضمان رضا المضمون له .

ويجوز أن يقال : ذلك في الضمان المطلق الذي يرد على الذمم ، فأما ما يتعلق بالأعيان ، فلا بُدّ من تقريبه من الرهون ، وشرط صحتها القبولُ من المرتهن .

ويجوز أن يقال : إنما يفتقر إلى القبول إذا جرىٰ علىٰ صيغة الرهن ، فأمّا إذا وقع الضّمان مصرّحاً به ، فلا حاجة إلىٰ ذلك . وقد تختلف الشرائط باختلاف الألفاظ ، وإن اتحد المقصود ؛ فإن/ المذهب أن الإبراء لا يفتقر إلى القبول . ولو قال مستحق ش ١٩٠

الدين لمن عليه الدين : وهبت منك الدين الذي لي عليك ، فالأصح افتقارُ ذلك إلى القبول[١] .

وقد نجز الكلام في رهن المستعار على أبلغ وجه في البيان .

فصل

[قال : « والخصمُ فيما جُني على العبد سيدُه . . . إلىٰ آخره » .

٣٦٨٧ـ إذا جنىٰ جانٍ على العبد المرهون ، فقد][٢] قال **الشافعي** : « **الخصمُ فيما جُني على العبد سيده ، فإن أحب المرتهن ، حصر خصومتَه ، فإذا قُضي له بشيء ، أخذه رهناً** »[٣] هـٰذا لفظُ **الشافعي** . فنقول : إذا جُني على العبد المرهون جناية ، نُظر فيها : فإن كان موجَبها مالٌ ، فقد تضمنت الجنايةُ إتلاف مالية ، وتضمنت فواتَ حق الوثيقة للمرتهن في ذلك الفائت ، فافتتاحُ الخصومة للمالك ؛ فإن الأصل هو الملك ، وحق الرهن متفرع عليه ، وإذا بدأ المالك الخصومة ، لم يزاحمه المرتهن ، فإذا ثبت حق الملك ، ابتنىٰ عليه حقُّ الرهن .

فإن قيل : لم لم تثبتوا للمرتهن حقَّ المخاصمة ، وهو يخاصم المالك ، وتدور بينهما الدعوىٰ واليمين والرد ؟ قلنا : هو كذلك ، ولـٰكن المالك في صورة الجناية أولىٰ بالخصومة . وفي قيامه بها ثبوت حق المرتهن ، فإذا كان حق المرتهن لا يتعطل ، قدمنا المالك ؛ حتىٰ قال المحققون : لو امتنع المالك من الخصومة ، انتهض المرتهن خصماً ، وتوصل إلىٰ ثبوت حقه ، وليس هـٰذا كما لو افترضه[٤] السائل من مخاصمة المرتهن المالكَ ؛ فإن تلك الخصومة لو تركها المرتهن ، والراهن علىٰ إنكاره ، لم يقم فيها غيرُ المرتهن مقامه ، بخلاف ما نحن فيه . نعم لو ترك

---

(١) يشير إلىٰ أن الإبراء وقع بلفظ الهبة ، فكان الأصح افتقاره إلى القبول رعاية للفظ الهبة .

(٢) ما بين المعقوفين ساقط من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٢/ ٢١٥ .

(٤) في (ت٢) ، (ص) : « كما فرضه » .

المالك الخصومة ، فلا جرم نقول للمرتهن أن يخاصم حتىٰ لا يتعطل حقه .

قال الشافعي : « **ولو عفا المرتهن كان عفوه باطلاً** » . وتفصيل القول في هـٰذا أن المرتهن لو أبرأ الجاني عن أرش الجناية ، فإبراؤه باطل ؛ لأن الإبراء إنما يصح من مالكٍ مطلق التصرف ، والمرتهن ليس مالكاً ؛ فلم يصح إبراؤه .

٣٦٨٨ـ وتمام البيان في هـٰذا الفصل ما نذكره ، فنقول : أطلق **المراوزة** القولَ بأنّ أرش الجناية لا يتصف بكونه مرهوناً ؛ فإنه دين ، والديون لا تكون مرهونة ، كما قدمنا ذلك في صدر الكتاب ، وألحقوا مصير العين المرهونة بسبب الإتلاف ديناً في ذمة المتلِف بانقلاب العصير خمراً ، ثم رأَوْا تفصيلَ المذهب إذا قبض الدينَ ، وتعيّن بالقبض ، كتفصيله إذا انقلبت الخمر خلاً .

وذكر **العراقيون** عن بعض الأصحاب أن الدين وإن كان لا يجوز تقديره مرهوناً ابتداءً ، فإذا استقر الرهن علىٰ عينٍ وجنىٰ عليها جانٍ ، فالدين اللازم بسبب الجناية على العين مرهون ، وليس كالخمر ؛ فإن الدين مملوكٌ ، والخمر ليست مالاً ، والدين مترتبِ علىٰ عين ، حيث انتهى الكلام إليه ، ومصيره إلىٰ عين ، إذا قُدِّر استيفاؤه . هـٰذا ما حَكوه في ذلك .

ثم قالوا : إذا قال المرتهن : عفوت عن حقي من الوثيقة ، أو أسقطت حقي منها ، والمسألة مفروضة فيه إذا أتلف الجاني المرهونَ ، فقال المرتهن قبل استيفاء الحق من الجاني ما قال ، فيسقط حقه ، وإذا استوفى الدينَ[1] ، فلا حق له فيه . ولو قال المرتهن : أبرأتك عما عليك أيها الجاني ، فإبراؤه لا يتضمن سقوطَ الدين ، ولـٰكن هل يتضمن سقوط حقه من الوثيقة إذا استوفى الأرش ؟ ذكروا **وجهين** : **أحدهما** ـ أن حقه لا يسقط ؛ فإنه لم يتعرض للتنصيص علىٰ إسقاطه ، وإنما أسقط الدين ، وليس له إسقاطه ، فلو سقط حق/ الوثيقة ، لكان مرتباً علىٰ سقوط الأصل ، وإذا لم يسقط الأصل ، لم يسقط ما يترتبُ عليه هـٰذا طريقهم .

ي ١٩١

(١) المعنىٰ : إذا استوفى المالك الدينَ ـ ويعني به هنا الأرش الذي تعلق بذمة الجاني ـ من الجاني ، فليس للمرتهن حق في الاستيثاق به ؛ إذ أسقطه بقوله هـٰذا .

وكان شيخي يقول : إذا قال المرتهن : أسقطت حقي من الرهن أو أبطلت وثيقتي ، وكان الرهن قائماً ، فهـٰذا فسخٌ منه للرهن ، وللمرتهن أن يفسخ الرهن ؛ فإن الرهن في جانبه جائزٌ ، ولم يتعرض لصورة الدين . ونصُّ الشافعي دليل علىٰ أن المرتهن إذا أبرأ الجاني ، فإبراؤه لغوٌ ، وعفوه باطل ، وهـٰذا يتضمن بقاء حقه .

أما الراهن لو أبرأ الجاني عن الأرش ، فقد قطع الأصحاب بإبطال إبرائه ؛ لحق المرتهن ؛ فإنا وإن لم نطلق القول بكون الأرش مرهوناً قبل الاستيفاء ، فلسنا ننكر تأكُّد حق المرتهن فيه ، فالإبراء في الدين[1] بمثابة الهبة في العين ، ولو وهب الراهن العين المرهونة ، لم يختلف المذهب في بُطلان هبته ، وإنما تردُّدُ الأقوال في العتق والاستيلاد ، كما تقدم .

ثم قال الأصحاب : لو كانت الجناية على العبد المرهون موجبةً للقَصاصِ ، فللرّاهن حقُّ الاقتصاص ، وقد تكرر هـٰذا ، فلو عفا الراهن علىٰ مالٍ ، ثبت المال ، وتعلق حق المرتهن به ، وإن عفا علىٰ غير مالٍ ، ترتب علىٰ موجب العمد ، ونزل عفوه منزلة عفو المفلس المحجور عليه . وقد أشرنا إلىٰ ذلك وأحلنا استقصاءه علىٰ كتاب الجراح .

فَصْلٌ

قال : « وأكره أن يرهن المشركَ المصحفَ . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٦٨٩ـ أراد بالكراهية التحريمَ . والقولُ في بيع المصحف والعبد المسلم من الكافر قد تقدّم استقصاؤه في كتاب البيع ، وبينا المذهب فيه علىٰ أكمل بيان . والرهن على الجملة مرتَّب على البيع ، وهو أولىٰ بالجواز ، وإذا منعنا بيع السلاح من الحربي ، ففي رهنه منه وجهان ، وبيعُ السلاح من الذمي ورهنُه جائز ؛ مات رسول الله

---

(١) يريد بالدين أرش الجناية ، وهـٰذا يؤكد صحة تفسيرنا في التعليق السابق .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٥ .

صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهون عند [أبي الشحم][(١)] **اليهودي** .

وقد نجز البابُ في (**السواد**)[(٢)] وانسل عن ضبطنا في الأصول مسائلُ، ونحن نوردها فروعاً ، ومنها ما أورده المشايخ ، ولا اختصاص له بالرهن ، ونحن نتأسىٰ بهم .

فَرْعٌ : **٣٦٩٠ـ** إذا أقر المرتهن بأن العبد المرهون قد جنىٰ ، وكذبه الراهن ، فالقول قول الراهن في نفي الجناية ، فإذا بيع العبد في الرهن ، وسُلِّم الثمن إلى المرتهن عن حقه ، فجاء المقَرُّ له بالجناية ، وقال للمرتهن قد أقررتَ لي بأرش الجناية ، والآن قبضتَ الثمن ، فسلمه لي . قال **صاحب التقريب** : ليس للمقَرّ له ذلك ؛ فإنا إن جوزنا بيع الجاني ، فهـٰذا الثمن مسلم إلى المرتهن بحق ، ولو ثبتت الجناية ، لم يثبت للمجني عليه علىٰ قول جواز البيع إلا بيعُ العبد ، فأمَّا التعلُّق بثمنه ، فليس يثبت له ، وليس كما لو قُتل العبدُ الجاني واستوفيت قيمته[(٣)] ؛ فإن حق المجني عليه في قيمته ، كحقه في رقبته ، فإن القيمة تخلفُ العين ؛ حتىٰ كأنها خلافة خِلقة ، ولا حاجة فيها إلى اختيار مقابلة وإثبات معاوضة ، فأما ثمن البيع ، فلا حظ للمجني عليه فيه إجماعاً . فإن فرض البيع بإذنه علىٰ قولنا : لا ينفذ البيع

---

(١) في النسخ الثلاث : « أبي شحمة » وهو تصحيف صوابه ما أثبتناه من نص الحديث . وقد ورد هـٰذا الاسم في أول كتاب الرهن مصحفاً في نسخة (هـ٢) ، (ص) ، وصواباً في نسخة (ت٢) ، وقد نبه الحافظ في التلخيص إلىٰ هـٰذا التصحيف ، وهو قد أخذه عن ابن الملقن في البدر المنير : ٦/ ٦٢٩ حيث قال : « ووقع في نهاية إمام الحرمين في كتاب الرهن قُبيل باب الرهن والحميل بنحو ورقتين تسمية هـٰذا اليهودي « بأبي شحمة » ا .هـ . وكأن التصحيف في نسخة النهاية التي كانت بيد ابن الملقن كان في هـٰذا الموضع دون الموضع الأول . وهـٰذا هو السرّ في أنه أحال إلىٰ هـٰذا الوضع ؛ فالتصحيف لم يكن في كل نسخ النهاية ، ولم يكن في كل موضع .

(٢) السواد . تكرر هـٰذا اللفظ مراراً . وهو معهود في كلام الأئمة السابقين ، يريدون به (الأصل) أو (المتن) . وهـٰذا المراد هنا ، فهو يعني مختصر المزني ، الذي جعل هـٰذا الكتاب بسطاً لألفاظ الشافعي وعباراته الواردة في هـٰذا المختصر .

(٣) صورته أن يرتكب العبد المرتهن جنايةً ، ثم قبل أن يباع فيها يجني جانٍ علىٰ هـٰذا العبد فيقتله ، فيستوفي السيد قيمته من الجاني القاتل ، فيتعلق حقُّ المجني عليه ـ الذي جنىٰ عليه العبد قبل أن يُقتل ـ بقيمة العبد ، بعد أن كان متعلقاً برقبته التي فاتت بقتله .

دون إذنه ، فهو بمثابة بيع الرهن بإذن المرتهن في حقه الحال .

هـٰذا إن قدرنا جوازَ بيع الجاني .

وإن لم نجوز بيعَه ، فالثمن الذي في يد المرتهن ملكُ مشتري العبد الجاني ، ولا حظ للمجني عليه فيه ، فينتظم منه أن المقَرَّ له بالجناية لا يرجع على المرتهن بسبب قبضه ثمن العبد الذي أقر المرتهن بجنايته . وهـٰذا/ واضح . ١٩١ ش

فَرْعٌ : **٣٦٩١ـ** ذكر **صاحب التقريب** في خلل الكلام مسألةً في الجنايات لا اختصاص لها بالرهن ، فنسردُها علىٰ وجهها ، ونقول : لو جنىٰ رجل علىٰ بهيمة ، وكانت ماخضاً[1] ، فأَجْهَضَتْ جنينَها ، وكان الجنين حيَّاً لما انفصل متأثراً بالجناية ، فمات على القرب . ذكر **قولين** فيما يلزم الجاني في هـٰذه الصورة : **أحدهما ـ** أنه يلزمه قيمةُ الجنين حيَّاً ، ولا يلزمه أكثرُ من ذلك .

القول الثاني ـ أنه يلزمه أكثرُ الأمرين من نقص الأم بالولادة والإجهاض ، أو قيمةُ الجنين ، فأيهما كان أكثر ، فهو الواجب .

ثم قال **صاحب التقريب** : والقولان فيه إذا لم يظهر بالأم شَيْنٌ سوى الولادة ، وكان للجنين لو بقي حيَّاً قيمةٌ ، [فإذا مات][2] ، فالنظر إلى الأكثر في أحد القولين . والواجب قيمة الولد في القول الثاني .

وقد ذكر **العراقيون** هـٰذين القولين علىٰ هـٰذا الوجه .

والذي يجب الاعتناء به في المسألة فهمُ صورتها ، وفيها يبينُ مثارُ القولين ، فالبهيمة وهي ماخض تساوي مائة ، وإذا ولدت صارت تساوي تسعين ، ولم يظهر فيها نقص إلا أن الولد زايلها ، فكانت مع الولد تساوي مقداراً ودونه تساوي أقلَّ منه ، لمزايلة الولد ، لا لعيب أحدثه الولادة ، ثم انفصل الولد حياً ، وعليه أثر الجناية ،

---

(١) مَخِضت المرأة ، وكل حامل من باب تعب : دنت ولادتها ، وأخذها الطلق ، فهي ماخض (بغير هاءٍ) . (مصباح) .

(٢) في الأصل : وإذا مات ، وفي (ت٢) ، (ص) : « فأما إذا مات » والمثبت تصرف من المحقق .

ومات . فلو أوجبنا قيمة الولد ، وأوجبنا [ما انتقص][(١)] من قيمة الماخض بسبب الولادة ومزايلة الولد ، لكان ذلك تضعيفاً في الغرامة ، والولد صار أصلاً بنفسه ، فعسر الجمع بين الوجهين .

وتردّدَ القولُ ، فقال **الشافعي** في قول : « أنظر إلى الولد ؛ فإن تعطيله صعب ، وأوجب قيمته » وقال في القول الثاني : « أُوجب الأكثرَ من نقص الأم بسبب مزايلة الولد وقيمة الولد ، فأيهما كان أكثر أوجبته » . هـٰذا بيان القولين .

٣٦٩٢ـ قال **العراقيون** : إذا كانت البهيمة مرهونة ، وجرىٰ ما وصفناه ؛ فإن أوجبنا قيمة الولد ، لم يكن ذلك رهناً ، وإن أوجبنا الأكثر ، فقيمة الولد لم تكن رهناً أيضاً ، وإن أوجبنا ما نقص من قيمة الأم بسبب مزايلة الولد ، كان ذلك رهناً .

وهـٰذا فيه نظر ، والوجه تخريجه علىٰ أَنَّ الحمل الموجود يومَ الرهن هل يدخل تحت الرهن ؟ فإن قُلنا : إنه داخل ، فيجب أن يكون المأخوذ من الجاني رهناً كيف كان ؛ فإنا علىٰ هـٰذا القول كنا نبيع الولدَ لو بقي في الرهن .

وإن قلنا : الرهن لا يتعلق بالجنين الموجود حالةَ الرهن ، فإن أوجبنا قيمة الولد ، لم يكن[(٢)] رهناً ، وإن أوجبنا نقصانَ الولادة ، فالمسألة محتملة ، ويظهر خلاف ما قالوه ؛ فإن ذلك النقصان لم يكن إلا لمزايلة الولد ، ولم تتغير صفتها ، ويجوز أن يتخيل ما ذكروه بناء علىٰ أصلٍ ، وهو أن الحمل لو بقي إلى البيع ، لبعنا الأم حاملاً ، ولصرفنا الثمن إلى الدين ، إن لم يزد علىٰ مقداره ، فمزايلة الولد تخرم هـٰذا الوجه .

والأصح عندي أنه لا يكون رهناً ؛ فإن المزايلة قد وقعت .

فَرْعٌ : **٣٦٩٣ـ** إذا دفع الراهن والمرتهن الرهن إلىٰ عدلين وفوضا إليهما الحفظَ مطلقاً ، فلو أن أحدهما سلم الرهنَ إلى الثاني كَمَلاً ، وفوض إليه الاستقلالَ بالحفظ ، فهل يكون بذلك متعدياً ؟

---

(١) في الأصل : ما لا ينقص .
(٢) في (ص) ، (ت٢) : كان رهناً .

ذكر **ابن سريج** فيما حكاه **العراقيون** وجهين/ : **أحدهما** ـ أنه يكون متعدياً ؛ فإنه لم يثبت لواحدٍ منهما الاستقلال بالحفظ ، فإذا أثبت أحدُهما ذلك لصاحبه ، كان علىٰ خلاف موجب الاستحفاظ . ١٩٢ ي

والوجه الثاني ـ أنه لا يكون المسلِمُ إلىٰ صاحبه متعدياً ، وكذلك لا يكون المستقلّ متعدياً ؛ فإن استحفاظهما يشعر في الظاهر بقيام كل وَاحد منهما بحق الحفظ ، لو لم يكن صاحبه حاضراً ؛ فإن اعتقاد اجتماعهما أبداً على الحفظ ـ وهو أمر دائم ـ بعيدٌ . والألفاظ المطلقة تؤخذ من موجَب العرف ، وليس كما لو فرضَ الوصايةَ إلىٰ رجلين ، فإن التصرفات لا يستقل بها أحدُهما دون الثاني ؛ فإن الاجتماع علىٰ تصرف يقع في الأوقات ليس متعذراً ، فحَمْل الأمرِ على اشتراكهما ، وصدور التصرفِ عن رأيهما ليس بعيداً ، بخلاف دوام الحفظ .

ثم إذا أثبتنا عند إطلاق الاستحفاظ لكل واحد منهما رتبةَ الاستقلال ، فلو تنازعا ، فليس أحدُهما أولىٰ من الثاني . فإن أمكن الاشتراك في إثبات اليد ، فلا مَعْدَل عنه . وإن عسر ، وقد تنازعا ، ورأى القاضي أن يقسم العين بينهما ـ وكانت قابلةً للقسمة ـ فله ذلك ؛ فإنا إذا كنا نثبت لكل واحد منهما الاستقلالَ بالحفظ ، فلا يمتنع بسبب النزاع أن ينفرد كل واحد منهما بحفظ البعض .

وإن قلنا : لا يثبت لكل واحد منهما رتبة الاستقلال ـ وهو المذهب عند **المراوزة** ـ فلا سبيل إلىٰ قسمة العين بينهما ؛ فإنا لو فعلنا ذلك ، لكنا مخصصين كل واحد منهما بالانفراد في بعض العين ، وهـٰذا يخالف موجَبَ الاشتراك .

فَرْعٌ : **٣٦٩٤ـ** قال **ابن سريج** لو سلما الرهنَ إلىٰ عدلٍ ، ووكلاه ببيعه عند محِل الحق ، وكانت العين من ذوات الأمثال ، فأتلفه أجنبي ، وغرم المثل . قال **ابن سريج** : يسلّم إلى العدل بحكم الاستحفاظ الأول ، وإذا حل الحق ، لم يبعه إلا بإذن جديد .

أما قوله : لا يبيعه إلا بإذن جديد ، فصحيح . وأما قوله : يحفظه العدل من غير

استحفاظٍ جديدٍ ، فهـٰذا لا وجهَ له أصلاً ؛ فإن العين قد تبدلت ، وتقييده بالمثل يشعر بأنه لا يقول ذلك في قيمة المتقومات .

وكل ذلك خبطٌ غيرُ معدودٍ من المذهب . ولعل **ابنَ سريج** تخيّل في الفرق بين الحفظ والبيع أمراً ، وهو أن العدل إذا استحفظه الراهن والمرتهن ، لم يكن لكل واحد منهما أن يعدل عنه ، فكأن الحفظ صار في حكم المستحق المتعيّن في حق هـٰذا العدل ، فإذا فرض التلف والاستحقاق في الحفظ إذا تمَّ[1] ، لم يبعد أن يقوم البدل مقام التالف . والإذن في البيع ليس كذلك ؛ فإن من صرفه من الراهن والمرتهن ينعزل ، فليس البيع مستحقاً متعيناً في حق العدل . فهـٰذا إن ثبت ، فلا فرق فيه بين المتقوم والمثلي .

والظاهر عندي أنه لا بد من استحفاظ جديدٍ ؛ لأن العين قد تبدّلت .

فَرْعٌ : **٣٦٩٥ـ** إذا استعار رجل عبداً من شريكين ، فرهنه ، ثم أدىٰ نصف الدين علىٰ قصد أنه يفك به نصيب زيدٍ من الشريكين ، فهل ينفك نصيبه ؟ أم لا ينفك شيء من الرهن ما بقي من الدين شيء ؟

ذكر **العراقيونَ** قولين ، ولهـٰذا أمثلةٌ ستأتي في الكتاب ، إن شاء الله عز وجل .

فإن قلنا : لا ينفك ، فلا كلام . وإن قلنا : ينفك حصته من الرهن ، نُظِر : فإن كان المرتهن عالماً بحقيقة الحال ، فلا خيارَ له . وإن كان جاهلاً ، ولم يَدْرِ صدَرَ[2] الرهن في شركة ، فهل له الخيار ؟ ذكروا **وجهين** : **أحدهما** ـ له الخيار . وهو الذي قطع به **الشيخ أبو محمد** ، ووجهه بيّن . **والوجه الثاني** ـ أنه لا خيار/ له ؛ فإن الذي بدا ليس عيباً بالمرهون ، والحال لا يطرد علىٰ نسق واحدٍ في الاتحاد ، فلا خيار . ش ١٩٢

ولعل الأشبه في هـٰذا أن المرتهن إن لم يعرف كونَ العين مستعاراً[3] ، تخيَّر ، وإن علمه مستعاراً ، فلا ضبط لمن يستعار منه .

---

(١) في (ت٢) ، (ص) : « والاستحقاق في الحفظ دائم » .
(٢) صَدَرَ : بثلاث فتحات بمعنىٰ « صدور » ، وقد تكررت إشارتنا إلىٰ شيء من ذلك قبلاً .
(٣) كذا « مستعاراً » بالتذكير . علىٰ تأويل « الرهن » .

ويجوز أن يقال : الغالبُ الاتحاد في السادة ، ويبعد في الوقوع العبد المشترك إلا في المواريث والتجاير بين الشركاء .

والوجه إثبات الخيار ، كما قاله **الإمام** .

فَرْعٌ : **٣٦٩٦ـ** قال **العراقيون** : إذا رهن رجل جاريةً ، فعلقت بمولود رقيقٍ من بعدُ ، فجنىٰ جانٍ عليها ، فَأَجْهَضَت ، ونقصت بسبب الإجهاض نقصاناً عائداً إلىٰ صفتها ، زائداً علىٰ مزايلة الولد ، فإذا التزم الجاني بدلَ الجنين ، لم يكن رهناً ؛ فإن الولد طارىء ، وليس للمرتهن بسبب نقصان الجارية شيء ؛ فإن نقصانها يندرج تحت بدل الجنين ، وبدل الجنين خارج عن الرهن ، فنقصان الجارية في حق المرتهن بمثابة النقصان بآفة سماوية . وهٰذا حسن لطيف .

فَرْعٌ : **٣٦٩٧ـ** إذا قُتل العبد المرهون ، فجاء إنسان ، وقال : أنا قتلته . فإن صدقه الراهن والمرتهن غرّمناه القيمةَ ، ووضعناها رهناً . وإن كذباه ، لم يخفَ الحكم . فإن كذبه المرتهن وصدقه الراهن ، غرِم القيمةَ ، وفاز بها الراهن ؛ فإن المرتهن أنكر حقه فيها .

وإن صدقه المرتهن ، وكذبه الراهن ، فتؤخذ القيمةُ وتجعل رهناً في يد المرتهن . ثم إذا حلَّ الدينُ وقضى الراهنُ الدينَ من موضع ، آخر ، فترد تلك القيمة على المُقِرِّ بالجناية ؛ فإن الراهن منكر لاستحقاقه .

وفي هٰذه المسألة وأمثالها خلافٌ ، ولٰكنا جرينا على الأصح .

وقد نقول : نضع تلك القيمة عند الوالي ، ويعتقدها **مالاً** ضائعاً .

فَرْعٌ : **٣٦٩٨ـ** قال **صاحب التقريب** : إذا خلّى الراهن بين المرتهن وبين الرهن المشروط في البيع ، فامتنع من قبضه ، فهل يجبره القاضي علىٰ قبضه ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما ـ** أنه يُجبر ؛ حتىٰ ينقطع خياره في فسخ البيع . وقد تتلف تلك العينُ المعينة قبل القبض وقد تعيب[1] .

---

(١) عَابَ يعيب عيباً من باب سار . إذا صار ذا عيب . (المعجم والمصباح) .

والوجه الثاني ـ أنه لا يجبر على القبض ، ولـٰكن ، إن امتنع من القبض ، أبطل القاضي خيارَه في فسخ البيع . اهـ[١] .

* * *

(١) هنا انتهت نسخة (ت٢) (الجزء التاسع منها) وجاء في نهايته ما نصه : « تم الجزء العاشر بحمد الله وعونه ، وحسن توفيقه ، وصلى الله علىٰ محمد نبيه وعلىٰ آله وصحبه وسلم ، وشرف وكرم وعظم .

يتلوه في الجزء الحادي عشر ـ إن شاء الله : باب في الرهن ، والحميل في البيع » .

هـٰذا وقد أخطأ الناسخ في قوله : « تم الجزء العاشر » وإنما هو التاسع كما دُوِّنَ علىٰ غلافه ، وكما جاء علىٰ غلاف التالي أيضاً أنه العاشر .

١٩٢ ش

/ بابٌ[١]
في الرَّهْن وَالحَمِيلِ[٢] في البيع

ذكر **الشافعي** ، رحمه الله في أول الباب أن الرهن أمانة ، وتعلق بطرق من الحجاج ، وسيأتي في ذلك بابٌ ، ثم قال : « **فلو باع رجل شيئاً علىٰ أن يرهنه به من ماله . . . إلىٰ آخره** »[٣] .

٣٦٩٩ـ شرط الرهن جائز في البيع ، وإن كان مطلقُ العقد لا يقتضيه ، ولـٰكن لما كان من مصلحة العقد ، عُدَّ شرطه[٤] جائزاً ، وكذلك شرط الضمان والإشهاد ، فهـٰذه الوثائق الثلاث يجوز شرطها في البيع ، وذكر **الشافعي** لفظاً في صدر الفصل ، نذكر ما فيه أولاً ، ثم نخوض في مقصود الباب .

ظاهر لفظه يدل علىٰ أن البائع إذا قال : بعتك عبدي هـٰذا بألفٍ علىٰ أن ترهنني دارَك هـٰذه ، فقال المشتري : اشتريت ورهنت ، فالرهن ينعقد من غير قبول يصدر من البائع ، ومقتضىٰ كلامه دليل علىٰ إقامة شرط البائع في الرهن مقام قبوله ، من غير احتياج إلىٰ شيء آخر . وقد صار إلىٰ هـٰذا طوائف من أصحابنا .

والأصح الذي ارتضاه **المحققون** أن الرهن لا ينعقد مالم يذكر البائع بعد إيجاب المشتري الرهن قبولاً له ، ولا يقع/ الاكتفاء بالشرط الذي يقدَّم ؛ فإن الرهن عقد مفتقرٌ إلى الإيجاب والقبول ، فلا بد منهما ، وليس شرط الرهن بمثابة استدعائه ؛ فإنا علىٰ قول صحيح نقيم استدعاءَ العقد من أحد الجانبين ، مع الإيجاب من الجانب الثاني مقام

١٩٣ ي

(١) تستمر نسخة (ت٢) في جزئها العاشر . فتبقى النسخ ثلاثاً ، كما سيظل الأصل هو نسخة (هـ٢) .

(٢) الحَمِيل : بفتح المهملة وكسر الميم : الكفيل (الزاهر) .

(٣) ر . المختصر : ٢/ ٢١٥ .

(٤) في (ت٢) : شرطاً .

شقي العقد ؛ وليس الشرط في معنى الاستدعاء ؛ إذ صيغةُ الاستدعاء : أن يقول : ارهن مني دارَك هٰذه بألفٍ ، فإذا قال : رهنتكها بالألف ، كفىٰ ذلك ، على الصحيح .

ومن قال بظاهر النص ، احتج بأن الرهن وإن كان عقداً قائماً ، يتعلق[1] بالبيع من جهة الشرط ، فيجوز أن يقوم الشرطُ فيه شِقّاً ، بخلاف العقد الذي لا يكون مشروطاً في عقد ، وهٰذا ضعيف .

فإن قيل : كيف تُؤوّلون ظاهرَ النص ؟ قلنا : ليس التعرض للإيجاب والقبول من مقاصد الفصل ؛ فلم يفصله **الشافعي** ؛ فالقبول مضمرٌ معنىٰ ، وإن لم يصرح به .

٣٧٠٠ـ ثم إنما يصح شرط الرهن إذا عُيِّن ، ولا يسوغ اشتراطُ رهنٍ مطلقاً وفاقاً ، ولو شُرط رهنٌ على الجهالة ، كان الشرط فاسداً . وعند ذلك يختلف القول في فساد البيع ، كما سيأتي ، إن شاء الله تعالىٰ .

وكذلك إذا كان يشترط في العقد ضميناً بالثمن ، فلا بد من تعيينه ؛ فإن الأغراض تختلف بمراتب الضمناء .

وإذا شرط رهناً معيناً ، فهل يشترط بيان من يوضع علىٰ يديه ، **فوجهان** : **أحدهما** ـ لا بد من ذلك ؛ فإن الغرض يختلف به . **ومنهم من قال** : لا يشترط ، لأن الرهن هو الوثيقة ، وهو متعين لا جهالة فيه ، وظاهر النص مع الوجه الأول .

وإن فرعنا علىٰ **الثاني** ، فإن اتفقا علىٰ يد عدلٍ أو علىٰ يد المرتهن ، فذاك . وإن تنازعا ، رفع الأمرُ إلى الحاكم ؛ حتىٰ يعيِّن عدلاً ، ويقطع الخصومة بينهما . فإن عين رهناً ، فلم يفِ المشتري برهنه ، ثبت الخيار للبائع في فسخ البيع ، وكذلك إذا كان عيّن كفيلا في شرطه ، فامتنع ذلك الشخص من الكفالة ، تخير البائع . ثم إذا ثبت الخيار في البيع ، فإن فسخ فذاك ، وإن أجاز ، ورضي ، لزم العقد ، ولم يتخير المشتري . وقال **مالك** يتخير المشتري ، وتعرَّض **الشافعي** للرد عليه بما لا نحتاج إلىٰ ذكره .

---

(١) جملة « يتعلق » في محل نصب صفة ثانية لـ« عقداً » .

فصل

قال الشافعي : « ولو كانا جهلا الرهن والحميل ، فالبيع فاسد. . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٣٧٠١ـ قد ذكرنا أن الوثائق **ثلاث** : الرهن ، والكفيل ، والشهادة ، أما الرهن والكفيل ، فلا بد من تعيينهما ، وأما الشهادة ، فلا يشترط تعيين من يتحمل الشهادة ؛ وذلك أن الأغراض تختلف على الجملة باختلاف الرهون والضمناء ، فأما الشهادة ، فالغرض منها أن يتحمل عُدُولٌ العقدَ أو الإقرار به ، وهـٰذا لا يختلف باختلاف العدول ، واتفق أصحابنا عليه ، فلا يشترط إذن تعيين الشاهد .

ولـٰكن لو عين العاقد شهوداً في شرطه ، فهل يتعينون كالرهن والكفيل ، فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ يتعينون كالرهن والكفيل ، فإن لم يشهد المتعينُ ، تخير الشارط . **والثاني** ـ لا يتعينون ، وإن عُينوا شرطاً ؛ إذ لو تعينوا ، لوجب شرطُ تعيينهم كالرهن والكفيل .

ثم قال **الأئمة** : إذا حكمنا بأنهم لا يتعينون ، وألغينا شرط التعيين ، فلا يفسد العقد بهـٰذا ؛ من جهة أنا أخرجنا تعيين الشهود من مقاصد العقود ، وكل شرط لا يتعلق بمقصود العقد ، ففساده لا يبطل العقد ، كما لو قال : بعتك هـٰذا العبد علىٰ أن يلبس الخز ، وما في معناه من الشرائط اللاغية .

ثم إذا لم يتعين الشهود ، فلا يبعد أن يقال : ينبغي أن يأتي المشروط عليه برجالٍ يقربون من المعينين في الصفات المقصودة في/ الشهادة ، حتىٰ لا يكتفي بإشهاد أقوام يظهر انحطاطهم عنهم . والعلم عند الله تعالىٰ . ١٩٣ ش

٣٧٠٢ـ ثم إذا شُرط في العقد رهن مجهول، أو كفيل من غير تعيين، فقد ذكرنا فساد الشرط . ثم إذا فسد الشرط ، ففي فساد البيع **قولان** : **أحدهما** ـ يبطل كسائر الشروط الفاسدة . **والثاني** ـ لا يفسد البيع ؛ لأن الرهن عقدٌ مبتدأ ينفصل عن البيع . وقد يتأخر

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٥ .

عقدُ الرهن عن عقد البيع ، فليس إذن هو صفة في البيع ، فلا يفسد البيع بفساده . والصداق لما لم يتأصل ركناً في العقد ، وتصور انفراد النكاح عنه ، لا جرم لم يفسد النكاح بفساده .

فإن قيل : لم قطعتم بذلك في الصداق ، وجعلتم المسألة علىٰ قولين في شرط الحَميل والرهن ؟ قلنا : في الصداق قولٌ ضعيف أيضاً سيأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالىٰ ؛ ثم الرَّهن إذا كان مجهولاً ، صار الثمن مجهولاً ؛ فإنه متعلَّق الثمن ، وجهالة الثمن تُبطل العقد . وهل يرد علىٰ هـٰذا شرط الرهن الصَّحيح ؛ فإنه إذا انضم إلى الثمن ، كان زيادة ، وليست مضبوطة ، فكأن العين مبيع بألفٍ وشيء . قلنا : إذا كان الرهن معلوماً ، فليس يخفىٰ وقعه ، ثم هو كالأجل والخيارِ في أنه من مصالح العقد ، فاحتمل شرطه ، ولا ضرورة في شرط المجاهيل ، كما ذكرناه في الأجل .

فَصْلٌ

ولو قال : « رهنتك أحدَ عبديَّ . . . إلىٰ آخره »[١] .

قد ذكرنا أن هـٰذا مجهول ، وشرط الرهن المجهول فاسد .

ثم قال : « لو أصاب المرتهن بعد القبض بالرهن عيباً . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٣٧٠٣ـ إذا اختلف الراهن والمرتهن بعد قبض الرَّهن في عيبٍ كان بالرهن ، فقال الراهنُ : حدث العيب في يدك ، وقال المرتهن : بل كان قديماً في يدك ، فالقول قول الراهن ، كما قدمناه في اختلاف المتبايعين . وهـٰذا إذا لم تكذِّب المشاهدةُ أحدهما ، فلا يخفىٰ حكمه إن كان كذلك . ثم إن كان الرهن مبتدأ غير مشروط ، فلا أثر للعيب فيه ؛ فإن المرتهن لو أراد أن يفسخ الرهن من غير عيب ، كان له ذلك ، وإنما مسائل عيوب الرهن فيه إذا كانت مشروطة في البيع ، فإذا فُرض الرهن مشروطاً في البيع ، ثم اطلع المرتهن علىٰ عيبٍ قديم به ، كان له أن يفسح البيع ، ولا يتأتىٰ ذلك منه ، ما لم

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٥ . وفيه : « أرهنك » .

(٢) السابق نفسه .

يردّ الرهنَ ، ففائدة الاطلاع علىٰ عيب المرهون ردُّ البيع .

ولو قال : لست أفسخ البيع ، ولـٰكني أردّ الرهن . قيل له : لا فائدة في ردك إذاً[(١)] إلا فسخ الرهن ، ولو لم تطلع علىٰ عيب ، لكنتَ متمكناً من فسخ الرهن .

٣٧٠٤ـ ولو كان الرهن مشروطاً في البيع ، فقبضه المرتهن ، وتلف في يده ، ثم اطلع علىٰ عيب قديم به ، فالرد بعد التلف غيرُ ممكن في المبيع والثمن ، ولـٰكن يثبت للمطلع على العيب الرجوع بأرشه عند تعذر رده . والأرش لا معنىٰ له في الرهن ؛ فإن معناه في البيع الرجوعُ بقسطٍ من العوض المقابل للمبيع الفائت ، والمرهون لا عوض له حتىٰ يُفرضَ الرجوعُ في قسطٍ منه ، فإذا لم يكن الرجوع ممكناً ، فهل يثبت للمطلع على العيب حقُّ فسخ البيع ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما ـ** لا يثبت ؛ فإن حق الفسخ مرتب علىٰ رد الرهن ، فإذا عسر رده ، ولم يمكنّا أن نثبت للعيب أرشاً ، فلا وجه إلا سدُّ باب الرد وإلزامُ البيع .

والوجه الثاني ـ أنه يرد البيعَ ويفسخه/ ويقول : استحققت بالشرط رهناً سليماً ، ١٩٤ ي فلم يتفق الوفاء به ، فكأنك لم ترهن عندي ، ولو شرط[(٢)] البائع رهنَ عبدين عيَّنَهما ، فرهنَ المشتري أحدهما دون الثاني ، فللبائع فسْخُ العقد بنقصان الصفة[(٣)] ؛ من حيث إنه يؤثر في المقصود بمثابة نقصان العين .

والقائل الأول يقول : شُرط للبائع رهنٌ معين ، فوفَّى المشتري به ، فلم يوجد من جهته تأخير وتقصير يكون به غير موفٍ بالشرط ، ثم تعذر الرَّدُّ ، فَفَسْخُ عَقْده بعيد . وليس كما لو شرط رهن عبدين ، فلم يف بأحدهما . وهـٰذا يتوجه عليه أن الرد ثبت إذا

---

(١) في (ت٢) ، (ص) : للإذن .

(٢) هـٰذا استمرار لتوجيه الوجه الثاني القائل بأن له أن يفسخ البيع إذا اطلع علىٰ عيب قديمٍ بالمرهون ، فهي ليست صورة مستقلة .

(٣) في الكلام حذفٌ ، والتقدير : ولو شرط البائع رهْن عبدين عيّنهما ، فرهن المشتري أَحدَهما دون الثاني ، فللبائع فسخ العقد ، هـٰذا لا خلاف فيه ، فكذلك له فسخ العقد بنقصان الصفة عند اطلاعه علىٰ عيب قديم من حيث إنه يؤثر في المقصود تأثير نقصان العين عندما رهن أحد العبدين دون الثاني .

كان المرهون باقياً ، ولا يقال : قد وفى المشتري بما شُرِط عليه في معين .

هـٰذا بيان الوجهين .

فصل

قال : « ولو اشترط أن يكون المبيع بعينه رهناً ، فالبيع مفسوخ. . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٧٠٥ـ إذا شرط البائع جعل المبيع رهناً بالثمن ، نُفرِّع هـٰذا على الأقوال في أن البداية في وجوب التسليم بمن ؟ فإن حكمنا بأن البداية بالبائع ، فشرطُ حبس المبيع بطريق الرهن يخالف هـٰذا المقتضىٰ ، وإذا خالفه ، فسد ، وأفسد العقدَ . وكذلك إذا قلنا : هما يجبران علىٰ تسليم العوضين ، أو قلنا : لا يجبران . ومن بدأ بتسليم العوض الذي التزمه ، أُجبر صاحبه علىٰ تسليم مقابله . فإذا وقع التفريع علىٰ هـٰذين القولين ، ثم جرىٰ في العقد شرط رهن المبيع ، فسد الشرط ، وفسد البيع ؛ من جهة أنه تضمَّن خروج البيع عن مقتضاه ، فلا يحتمل هـٰذا .

ومن الأصول المعتمدة في البياعات أن العقد إذا كان له مقتضىٰ عند الإطلاق ، فلا يجوز تغييره في مقتضىٰ إطلاقه بما لا نفع فيه ولا مصلحة تتعلق بالعقد . فأما الشرط الذي يتعلق بمصلحة العقد ، فلا يجوز الاسترسال في تجويزه ، بل يُتَّبع فيه توقيفُ الشارع ، كالخيار وما في معناه ؛ فإن هـٰذه الأشياء في المعاملات كالرخص في العبادَاتِ ، فلئن ثبت الرهن بنص الكتاب والإجماع ، فرهن المبيع من وجهٍ لا حاجة إليه ، وهو علىٰ حالٍ مغيرٌ لمقتضىٰ إطلاق العقد ، ولا توقيف فيه ، فلا سبيل إلى احتماله .

فإذا قلنا : البداية بالتسليم على المشتري ، والمبيع بحق العقد محبوس بالثمن ، فلو شرط البائع رهن المبيع عنده بالثمن ، فهل يصح الشرط علىٰ هـٰذا القول ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما ـ** يصح ؛ فإنه موافق لمقتضى العقد ؛ إذ مقتضاه علىٰ هـٰذا القول

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٦ .

حبس المبيع بالثمن . والرهن يوافق هـٰذا المعنىٰ .

والوجه الثاني ـ لا يجوز الشرط ، ويفسد العقد به ؛ لأن المبيع إذا كان محبوساً بالثمن ، فهو من ضمان البائع ، والرهن لو قدر ثبوته ، فمقتضاه أن يكون المرهون أمانة في يد المرتهن ، فقد اختلف موجَب الحبسين ، فشرطُ أحدهما مع الثاني طلب الجمع بين مختلفين .

ثم إن حكمنا بصحة الشرط ووفَّى المشتري به ، فالمبيع يكون مرهوناً عند البائع مضمونا عليه بحكم العقد ؛ فإن ضمان العقد لا يزول إلا بالقبض ، ولا يتصور علىٰ مذهبنا مرهون يسقط الدين بتلفه إلا هـٰذا ، ولـٰكن الثمن لا يسقط بسبب تلف الرهن من حيث كان رهناً . وإنما يسقط بتلف المبيع من حيث كان مضموناً على البائع .

٣٧٠٦ـ ثم قال الشافعي : « **ولو قال للذي عليه الحق : أرهنك علىٰ أن تزيدني في الأجل . . . إلىٰ آخره** »(١) . إذا قال المشتري والثمن مؤجل عليه للبائع : أزيدك/ ١٩٤ ش رهناً ، فزدني أجلاً . فنقول : الزيادة لا تلحق بالعقد ؛ فلا مطمع في حصول هـٰذا الغرض . ويُنظر إلى الرهن الذي يزيده المشتري ، فإن أطلقه وما ذكر معه شرطاً ، فالذي تقدم من الزيادة في الأجل لغوٌ ، وهـٰذا الرهن ثابت . وإن شرط في الرهن الزيادة في الأجل ، فقد ضمّن الرهنَ شرطاً فاسداً ، ففسد الرهن به .

فَصْلٌ

قال : « ولو أقر أن الموضوع علىٰ يديه الرهنُ قبض الرهن . . . إلىٰ آخره » .

٣٧٠٧ـ إذا رهن الرجل عيناً ، وكانا ذكرا عدلاً . ثم قال الراهن : سلّمت الرهن إلى العدل ، وقبضه عن جهة الرهن ، ثم استرددته منه بعد لزوم الرهن للانتفاع أو غيره من الأغراض . فقال العدل : ما قبضتُ ، ثبت لزوم الرهن بقول الراهن ؛ فإنه معترف علىٰ نفسه بلزوم الحق للمرتهن ، فكان مؤاخذاً بإقراره . وقوله غير مقبول على

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٦ .

العدل ، حتىٰ لو بيع ذلك الرهن [و][1] خرج مستحقا ، فليس لمستحقه مطالبة العدل ، بناء علىٰ أن متاعه قد مر بيده ؛ فإنا لم نصدق الراهن على العدل ، وإنما حكمنا عليه بموجب إقراره ليثبت حق المرتهن ، وهـٰذا هين المُدرَك في أحكام الأقارير [وما][2] يتصل بها من القضايا .

ولو قال لمن وكله بالبيع : قد بِعْتَ ما وكلتُك ببيعه من فلان ، فإقراره محكوم به مقبول في حق المعيَّن للشراء ، ولـٰكن لا يُقبل إقرارُه على الوكيل إذا كان يتعلق بالوكيل ضمان أو عهدة ، فلو أراد المشتري المقَرُّ له أن يطالب الوكيل بعهدة العقد بناء علىٰ إقرار البائع له بالبيع ، لم يمكنه ذلك ؛ لأن الوكيل لم يعترف بالبيع ، وإقرار الموكل إنما يقبل علىٰ نفسه للمشتري ، ولا يقبل على الوكيل حتىٰ يلزمه عُهدة .

فَصْلٌ

قال المزني : « وجملة قوله في اختلاف الراهن والمرتهن أن القول قول الراهن في الحق ، والقول قول المرتهن في الرهن . . . إلىٰ آخره »[3] .

٣٧٠٨ـ أراد **المزني** أن يضبط الصور التي يُصَدَّقُ فيها الراهن ، والمسائل التي يُصَدَّقُ فيها المرتهن ، فأتىٰ بقول مبهمٍ لا يفهم ، وأجرىٰ كلاماً ظاهره الفساد ، ولا يجوز أن يشكل عليه وجه الحق فيه ، فاجتمع أمران : **أحدهما** ـ أنه لم يُنْتَفَعْ بضبطه ، **والآخر** ـ أنا نحتاج إلىٰ تأويل اللفظ .

أما قوله : « القول قول الراهن في الحق » ، فصحيح ، ومعناه لو اختلفا في قدر الحق ، فقال الراهن : رهنت بخمسمائة ، وقال المرتهن : بألفٍ ، أو اختلفا في الجنس ، فقال الراهن : رهنت بالدنانير ، وقال المرتهن : بل بالدراهم التي لي عليك ، وكانت له عليه دراهم ودنانير . فالقول قول الراهن .

---

(١) في الأصل : أو .

(٢) في النسخ الثلاث : ومما .

(٣) ر . المختصر : ٢/٢١٦ .

وأما قوله : « القول قول المرتهن في الرهن » ، فمشكل ؛ فإن الراهن والمرتهن لو اختلفا في مقدار الرهن ، أو في إقباضه ، فنفى الراهنُ مقداراً عن الرهن ، أو نفى الإقباضَ ، فالقول في ذلك كله قول الراهن ، فلا يستدّ مطلق قول **المزني** ، ولا بد للفظه من تأويل ، فنذكر وجهه ، وهو على التحقيق مراده ، وسياق كلامه دليل عليه : فمراده أن الرهن إذا كان مشروطاً في البيع ، فالمرتهن هو البائع والراهن المشتري ، فإذا تنازعا في أصل الرهن ، كان أو لم يكن ، أو في قدره ، أو جنسه ، فهـٰذا اختلاف المتبايعين في صفة العقد ، والحكم فيه/ التحالف . ثم البداية على الأصح تقع بالبائع ١٩٥ ي وهو المرتهن ، فالمعني بقوله : « القول قول المرتهن » هـٰذا .

ويمكن أن يُفرض نزاعٌ في بعض أحكام الرهن ، والقول فيها[1] قول المرتهن : وذلك إذا اتفقا على الرهن والقبض ، فقال الراهن : فسخنا الرهن . وقال المرتهن : لم نفسخه ، فالقول قول المرتهن ؛ لأن الأصل أن لا فسخ .

ثم قال : « **فيما يشبه ولا يشبه** » : وهـٰذا رد علىٰ **مالكٍ** ؛ فإنه يقول : لو كان الدّين ألفاً ، فقال المرتهن رهنتني هـٰذا العبد ، وقيمته ألف ، فقال الراهن : بل رهنتك الآخر ، وقيمته خمسمائة . قال **مالك**[2] : القول قول المرتهن ؛ لأن الظاهر أنه لا يرضىٰ أن يرتهن بالألف ما يساوي خمسمائة ، وهـٰذا الذي ذكره **مالك** لا عبرة به ، ولا نظر إلىٰ مقدار القيمة .

فصل

قال الشافعي : « ولو قال الرجل لرجلين : رهنتماني . . . إلىٰ آخره »[3] .

٣٧٠٩ـ إذا ادعىٰ رجل علىٰ رجلين أنهما رهنا منه عبدهما بمائة ، نُظر : فإن صدّقاه ، ثبت الرهن ، وإن كذباه ، فالقول قولهما مع اليمين ؛ لأن الأصل عدم الرهن . فإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر ، فنصيب المصدِّق وهو النصف رهنٌ

---

(١) إلىٰ هنا انتهت نسخة (ص) . وهي ناقصة من آخرها . ولذا خلت من الخاتمة .

(٢) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢/ ٥٨٥ مسألة : ٩٧٧ .

(٣) ر . المختصر : ٢/ ٢١٦ .

بخمسين إذا كان الدين مائة ، ونصيب المكذِّب خارج عن الرهن إن حلف علىٰ ما نفاه ، فإن شهد المصدِّق على المكذِّب ، فشهادته مقبولة ؛ فإن شهادة الشريك على الشريك مقبولة ، وإنما النظر في شهادة الشريك للشريك ، كما سنذكره الآن ، إن شاء الله عز وجل .

٣٧١٠ـ ولو ادعىٰ رجلان علىٰ رجل أنه رهن عِندهما ثوباً[1] له . فإن صدقهما ، فذاك . وإن كذبهما ، فالقول قوله مع يمينه . وإن صدق أحدهما دون صاحبه ، فالنصف رهن من المصدَّق ، فإن شهد هـٰذا المصدَّق للمكذَّب ، ففي قبول شهادته وجهان : **أحدهما** ـ أنها مقبولة ؛ إذ لا جرَّ[2] في شهادته ، ولا دفع . **والوجه الثاني** ـ لا تقبل شهادته له ، وهـٰذا الخلاف في الشهادة يبتني علىٰ أصلٍ سنذكره في كتاب الأقارير وكتاب الدعاوىٰ ، إن شاء الله تعالىٰ .

والذي لا بد من ذكره هاهنا أن رجلين إذا ادعيا اتِّهابهما [عبداً][3] من رجلٍ ، وأنه وهبه منهما وسلمه إليهما ، فصدَّق المدعىٰ عليهِ أحدهما ، وكذب الثاني فَيَسْلم من تصديقه الهبةُ في النصف ، ثم ذلك النصف هل يستبدُّ به المقَرُّ له ؟ أم لصاحبه أن يقول : نحن فيما بيننا تصادقنا وتقارَرْنا علىٰ أن الهبة جرت مشتركة إيجاباً وقبولاً وتسليماً . وقد سلم النصف بإقراره ، فليكن هـٰذا مشتركاً ؟ فيه **وجهان** : **أحدهما** ـ أن النصف يَسْلم للمقرّ له لا نزاع فيه . **والثاني** ـ أن صاحبه يشاركه في النصف الذي سَلِم . وهـٰذا التردد يجري في كل ملكٍ وحقٍّ متلقّىً من عقدٍ علىٰ سبيل الشيوع .

ولو اعترف بأن هـٰذه الدار ورثتها أنا وفلان من أبينا ، وكانت مجحودة ، فسلم لأحدهما بعضها ، فيشركه فيها شريكُه في الميراث . وسيأتي هـٰذا بأصله وتفريعه .

عُدنا إلىٰ غرضنا : إذا ادعيا علىٰ رجل أنه رهن منهما ، فأقر لأحدهما ، فذلك الحاصل بالإقرار إن قلنا : يختص به المصدَّق ، فشهادته مقبولة للمُكذَّب ، وإن

---

(١) في (ت٢) : عبدهما يوماً له . وانظر الشرح الكبير : ١٠/ ٧٢ ، ففيه المسألة نفسها بتصوير أنه رهنهما عبده هـٰذا .

(٢) أي لا تجرّ هـٰذه الشهادة نفعا للشاهد ، ولا تدفع عنه ضرّاً .

(٣) في الأصل : عينا .

قلنا : يَشْركُه فيه المكذَّب ؛ فشهادته تتضمن دفعاً عن نفسه ؛ فترد لذلك .

٣٧١٠/م ـ ولو ادعىٰ رجلان علىٰ رجلين أنهما رهنا عبداً لهما منهما ، فإن صدقاهما ، ثبت الرهن ، وإن كذباهُما/ ، فالقول قولهما مع أَيْمانهما ، والنزاع بينهم يتصور علىٰ وجوه ، ولا يكاد يخفىٰ مُدرك جميعها علىٰ متأملٍ .

١٩٥ ش

ونحن نذكر أغمض الصور ، فنقول : إذا ادعىٰ بكر وخالد علىٰ زيد وعمرو أنهما رهنا منهما عبدَهما المشتركَ بينهما ، فصدَّق زيد خالداً وكذَّب بكراً ، وصدق عمرو بكراً ، وكذب خالداً . وكلّ واحدٍ من زيدٍ وعمرٍو له نصفُ العبد ، وقد جمع في نصفه بين إقرار وإنكار ، فيضمن بكرٌ من جهة المقر مُقِرّاً له بربع العبد ، وهو نصف نصيب أحدهما ، وكذلك الثاني . ولا غموض لهٰذا .

وإنما يهاب المبتدىء هٰذا لما نقل بعضُ الأئمة أن **ابن سريج** قال : ما[1] انتهيت إلىٰ هٰذه المسألة إلا احتجت إلىٰ إتقان[2] الفكر ، حتىٰ أثبتها علىٰ حاشية الكتاب .

فَصْلٌ

قال : « وإن كان له علىٰ رجل ألفان . . . إلىٰ آخره »[3] .

٣٧١١ـ إذا استحق علىٰ رجل دينين من جهتين ، ومبلغ كلِّ دين ألفٌ ، فإن رهن بألفٍ في جهة مخصوصة عبداً ، ثم إنَّ مَنْ عليه الدين أدىٰ ألفاً ، وتنازع الراهن والمرتهن ، فقال المرتهن : أديت الألفَ الذي لم يكن موثقاً بالرهن ، والرهن باقٍ بالألف الثاني . وقال المؤدي : بل أديتُ عن الرهن ، وفككته .

فنقول : لا شك أن الاعتبار بقصد المؤدِّي ، حتىٰ لو فرض منه قصد في أداء دين مخصوص ، ولم يُفرض من القابض قصدٌ في القبض ؛ فإن المؤدَّىٰ يقع في حُكم الله تعالىٰ علىٰ نحو قصد المؤدي . فإذاً تبين هٰذا حكماً ، حتىٰ قال الأصحاب : لو ظن

---

(١) في (ت٢) : لما .

(٢) في (ت٢) : أضعاف . ولعلها : « إمعان » .

(٣) ر . المختصر : ٢/٢١٦ .

القابض أن المؤدِّي يودعه الألفَ ، وأنه مستحفظ فيه ، وقصد المؤدِّي قضاءَ حقه ، فالقبض يتم ، وذمة المؤدي تبرأ .

وهٰذا فيه أدنىٰ نظر عندي ؛ فإن الإقباض شرطه التمليك ، وكل من عليه الدين إذا أداه ، فكأنه يُملّك القابضَ ، ويثبت له في الأعيان ملكاً ؛ فإن حقه لم يكن متعلِّقاً بعين ، فإن وصل المُقبضُ فِعله بقولٍ ، فذاك . وإن لم يصله بقول ، فلا يبعد أن نقول : لا بد من مَخِيلة مُملِّكة مشعرة بتسليط القابض ؛ فإن التمليك بالمبهمات غيرُ متجه .

٣٧١٢ـ فإذا تبين ما ذكرناه ، عاد بنا الكلامُ بعده إلىٰ طريق فصل التنازع .

فنقول : إذا اختلف الراهن والمرتهن علىٰ ما ذكرناه ، فالقول قول الراهن مع يمينه . ولو قال : أديتُ الألفَ ، وقصدت أن يكون نصفُه عن جهة الرهن ، ونصفه عن الألف المرسل ، فهو مصدَّق ، فإن نُوزع ، يُحَلَّف .

وإن قال : لم يكن لي قصدٌ في تعيين جهةٍ ، وإنما أديت الألف مرسلاً ، ففي المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أنا نقول له : الآن اصرف الألفَ إلىٰ أي جهة شئت . فإن صرفه إلى الرهن ، انفك . وإن صرفه إلى الآخر ، بقي الرهن ، وإن قسمه عليهما ، انقسم . **والوجه الثاني** ـ أن الأداء المطلق محمول على التقسيم ، فيقع عن كلّ دين قسطٌ من المؤدَّىٰ . فإن [استويا][1] في المقدار يقسط عليهما بالسوية ، وإن اختلفا ، يقسط عليهما علىٰ تفاوت القدرين .

ولهٰذا نظائر منها : أنه لو أقرض مشرك مشركا ألفاً بألفين ، ثم قضاه أحد الألفين في الشرك ، ثم أسلما ، فقال المؤدي : أديتُ في الشرك ما أديتُ عن/ جهة الربح ، فالألف قائم عليه ، وهو مطالبٌ به في الإسلام . وإن زعم أن الذي أديتُه قصدتُ به تأدية رأس المال ، فهو مصدّق ، وإن اتهم ، حُلِّف . وموجب تصديقه الحكمُ ببراءته ؛ فإن أصل الدين قد تأدىٰ ؛ ولا ربحَ في الإسلام . وإن زعم أني أديت الألف ولم أقصد صرفَه إلىٰ جهة مخصوصة ، **فوجهان** : **أحدهما** ـ أن المؤدّىٰ مُقسط على الربح ورأس المال . وحكم ذلك أن يطالبه في الحال بخمسمائة ؛ فإنه قد أدَّىٰ

ي ١٩٦

---

(١) في الأصل : استوفىٰ .

خمسمائة من الأصل ، ولم يبق إلا خمسمائة ، ولا ربح .

والوجه الثاني ـ أنه يقال له : اصرف ما أديته الآن إلىٰ ما شئت ، فإن صرفه إلى الربح ، فعليه الألف التام عن جهة رأس المال . وإن صرفه إلىٰ رأس المال ، سقط الربح ، وسقطت المطالبة . وإن بعّض قصدَه تبعّض الأمرُ ، ولم يختلف الحكم ، كما قدمناه .

وكذلك لو ترابيا في الشرك درهماً بدرهمين ، وأقبض الزائدُ المُفْضِلُ أحدَهما ، ثم أسلما ، فالقول في القصد والاختلاف علىٰ حسب ما مضىٰ . وهـٰذه المسألة مفروضة في البيع ، والأخرى التي قبلها مفروضة في القرض . ولا فرق .

ولو وكل الرجلان رجلاً ليقتضي دينين لهما علىٰ رجلٍ ، وكل دين ألف مثلاً فدفع من عليه الدينان ألفاً إلى الوكيل ، فإن قال حال الدفع : خُذْه عن دين فلان ، وعيّن أحدَ موكِّلَيْه ، وقع عن تلك الجهة . ولو قال بعد ذلك : قصدتُ خلافَ ما قلت ، لم يقبل منه . وهـٰذا يطرد في جميع المسائلِ التي ذكرناها . ولو لم يقل شيئاً ، ثم راجعناه ، فقال : قصدت أحدَ الموكلَيْن ، وقع المقبوض علىٰ حسب قصده . وإن قال : لم أقصد تعيين واحد منهما ، فيعود الوجهان ، نقول في أحدهما : يتقسط ما أداه علىٰ ديْنَي الموكِّلَيْن ، ونقول في الثاني للمؤدي : اصرف الآن قصدَك إلىٰ من شئت منهما أو قسِّط عليهما .

٣٧١٣ـ ولو قال من عليه الدين للوكيل من جهة المستحقَّيْن : خذ الألفَ وادفعه إلىٰ فلان . فقد اختلف أصحابنا في هـٰذه المسألة ، فمنهم من قال : إذا جرىٰ ذلك ، انعزل الوكيل بالقبض عن حكم ذلك التوكيل ، وصار وكيلا للمؤدِّي ؛ فإنَّ حكم قوله : ادفعه أن يتوقف الأمر علىٰ وصوله إلى الموكِّل ، وحكم البقاء علىٰ توكيله بالقبض أن يبرأ الدافع بالدفع إلى الوكيل ، فلا يكون لقوله : ادفع إلىٰ فلان معنىً .

ومن أصحابنا من قال : لا ينعزل عن التوكيل بالقبض ، وإن قبل التوكيل بالدفع على اللفظ الذي حكيناه ؛ وذلك أن يدَ الوكيل ليست [تنتهي بالقبض][1] ومعنىٰ قبضه

---

(١) في الأصل : منتهى القبض . ومطموسة في (ت٢) .

أن يوصّلَه إلىٰ موكِّله . فإذا قال من عليه الدين : ادفع هـٰذا إلىٰ موكِّلك ، لم يكن ما قاله مضاداً للقبض ، والمسألة محتملة لطيفة . والأفقه الوجه الأول .

٣٧١٤ـ ثم مما يجب التنبه لهُ في تصوير المسألة أنا لا نشترط من الوكيل تصريحاً بالقبول لمّا قال من عليه الدين : ادفع إلىٰ موكلك ، بل مجرد قوله له : ادفع يتضمن أني لا أقنع بيدك علىٰ حسب ما وكلك صاحبك ، ولـٰكن آمرك ابتداءً بأن تسلمه إليه . هـٰذا ما نشأ منه التردد . وهو لا يفتقر إلىٰ تصوير قبول . فليفهم الناظر .

وأثر ما ذكرناه أنا إذا قلنا : لا يقع قبضه علىٰ حكم توكيل موكِّله ، فلو تلف في يده/ ش١٩٦ ، فذمة من عليه الدين مشغولة . وإن قلنا : إنه يبقىٰ علىٰ حكم التوكيل بالقبض ، فلو تلف ما قبضه في يده ، كان من ضمان موكِّله ، وقد برىء المؤدِّي ، فإن لم يكن من الوكيل تقصير ، فلا ضمان أصْلاً ، وإن كان منه تقصير ، فهو متعدٍّ في ملك غيره . وطرف الإنصاف والانتصاف بينهما بيِّن ، والغرضُ ما اتضح من براءة المؤدِّي .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال : رهنته هـٰذه الدارَ التي في يده بألفٍ . . . إلىٰ آخره »(١) .

٣٧١٥ـ إذا اعترف الرَّجل بأنه رهن داره من إنسان ، وصادفنا تلك الدار في يد المرتهن ، ثم اختلفا ، فقال الراهن : غصبته مني . وقال المرتهن : بل أقبضتنيه ، فالقول قول الراهن في أصل المذهب ؛ لأن الأصل عدم القبض والخيار إلى المقبض .

ولو قال الراهن : أعرتُه ، أو أودعتُه ، أو أكريتُه ، أو أكريتُ الدار من فلانٍ ، فأكراها منه أو أعارها منه ، فحصلت تحت يده بهـٰذه الجهة . وقال المرتهن : بل أقبضتنيه عن جهة الرَّهن ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ القولُ قول الراهن كالمسألة الأولىٰ ، وهي إذا ادعى الراهن الغصبَ وادعى المرتهن القبض المستحق . **والوجه الثاني** ـ القول قول المرتهن ، لتقارُّهما علىٰ أن القبض لا عدوان [فيه](٢) وأن صدَرَه عن

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٦ .

(٢) ساقطة من الأصل .

الإذن ، ثم ظاهرُ اليد يدل علىٰ حق ذي اليد ، كما أن ظاهرها يدّل علىٰ ملك ذي اليد ، إذا كان المتنازَعُ الملكَ . والظاهر بناء القبض على العقد المقتضي للقبض .

هـٰذا الذي سردناه أصلُ المذهب . وقد أبعد بعض الأصحاب ، فذكر وجهاً ضعيفاً في أن القول قول المرتهن ، وإن قال الراهن غصبتنيه ، وهـٰذا ضعيف غيرُ معتد به ، وسنعيده مع تفريعاتٍ في كتاب العارية ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٧١٦ـ فلو قال البائع : غصبتنيه ، وقال المشتري : بل أقبضتنيه . والتفريع علىٰ أن المبيع محبوس بالثمن ، وعلى المشتري البداية . فإذا تنازعا كما وصفناه . فإن كان قد وفر المشتري الثمنَ ، أو كان الثمنُ مؤجَّلا ، فلا معنىٰ لهـٰذا الاختلاف ؛ فإن قبض المبيع مستحَق للمشتري . وإن كانَ الثمن حالاً ، ولم يوفر المشتري [الثمن][1] فالقول قول البائع ؛ لأن الأصل عدمُ الإقباض . وإن قال البائع : أعرتكه أو أودعتكه ، وقال المشتري : بل أقبضتنيه عن البيع ، ففي المسألة **وجهان** : **أظهرهما** ـ الحكمُ بالقبض ؛ لأن المبيع ملك المشتري ، وحق البائع في الحبس ضعيف .

وهـٰذا يصفو بشيء ، وهو أن البائع لو أعار المشتري المبيعَ علىٰ أن ينتفع به ويردَّه محبوساً بالثمن ، فالإعارة هل تُبطل حق حبسه ؟ **وجهان** ذكرهما **الشيخ** ، **وصاحب التقريب** ، وطائفة من **العراقيين** . **أحدهما** ـ أن حق حبسه يبطل ، فإنه لم يكن حقّاً[2] مقصوداً بعقد ، فإذا ثبتت يدُ المشتري وهو مالك ، وكان زوال اليد عن رضاً ، فلا عود إلى اليد .

والوجه الثاني ـ أن حق البائع لا يسقط ؛ فإنه لم يسقطه ، فيجب الوقوف علىٰ منتهىٰ قصده .

ولو أودع البائع المبيع عند المشتري ، ففي بطلان حق البائع من الحبس وجهان مرتبان على الوجهين في العارية ، [و][3] اختلف أصحابنا في كيفية الترتيب ، فمنهم من جعل الإيداع أولىٰ ببطلان حق البائع ؛ من جهة أنه يبعد كل/ البعد أن يحفظ المالك ١٩٧ ي

(١) مزيد لإيضاح العبارة .
(٢) في (ت٢) : حقه .
(٣) في الأصل : فاختلف .

ملكه لغيره ، وفي الإعارة غرضٌ علىٰ حالٍ سوى الحفظ .

ومن أصحابنا من جعل الإيداع أولىٰ بأن لا يُبطل حقَّ البائع ؛ فإنه ليس فيه تسليط أصلاً ، وفي الإعارة تسليط .

ولم يختلف أئمتنا في أن المرتهن لو رَدَّ الرهنَ إلىٰ يد الراهن [بأية](١) جهة فرضت مع استمراره على الرهن ، فحقه قائم لا يبطل .

٣٧١٧ـ عاد الآن بنا الكلامُ إلىٰ ما كنا فيه من اختلاف البائع والمشتري . فإن قلنا : الإعارة ، والإيداع يُبطل حقَّ البائع ، فلا معنىٰ للاختلاف ؛ فإنه اعترف بمبطلٍ حقه .

وإن قلنا : الإعارة والإيداع لا يبطلان حقَّه من الحبس ، فإذا تنازعا ، انتظم الخلاف الذي ذكرناه . والوجه الضعيف في ادعاء البائع للغصب ، وادعاء المشتري الإقباض عائدٌ .

وبالجملة يد البائع ضعيفة . وآية ذلك أن المشتري إذا قتل(٢) العبدَ المشترىٰ ، جعل ذلك قبضاً منه ناقلاً للضّمان ، وإن كان علىٰ كُره من البائع ، وكان من الممكن أن نقولَ يغرم قيمةَ المبيع ، ويسلمَها لتُحبس على الثمن ، كما نقول : يغرَم الراهن قيمةَ المرهون إذا قتله لتوضع رهناً إلىٰ أداء الدين .

وذكر صاحب التقريب وجهاً في كتاب البيع : أن إتلاف المشتري لا يكون قبضاً ، وأن القيمة تلزمه ، فتجعلُ محبوسةً كما ذكرناه في الرهن .

وهـٰذا بعيد جداً لم يتفق منا حكايتُه في كتاب البيع .

ومما يتعلق باختلاف المحابس لما نحن فيه أنه لو قال من عليه الدين لمستحقه : رهنتك هـٰذا العبدَ بالألف الذي لك عليَّ . وقال صاحب الحق : بل بعتنيه بالألف ، فالقول قول من عليه الحق ، لا خلاف فيه ؛ فإن صاحبه ادعىٰ عليه إزالةَ الملك بطريق البيع ، والأصل عدمه ، وبقاءُ الملك ؛ فينتفي البيعُ بنفيه ، ولا نحكم بالرهن ؛ لأن المستحِق ليس يدعيه .

---

(١) في الأصل : فإنه . والمثبت من (ت٢) .

(٢) في (ت٢) : قبل . وفي الأصل بدون نقط .

ولو كان الخلاف على العكس ، فقال من عليه الحق : بعتك هـٰذا العبد بالألف الذي لك علي ، وقال صاحب الحق : بل رهنتنيه ، فالوجه أن يحلف كل واحد منهما علىٰ نفي العقد الذي يُدّعىٰ عليه ، فينتفي الرهن والبيع جميعا ، فلا يبقىٰ لصاحب اليد حق . أما الرهن فقد نفاه من عليه الحق وهو مصدّق ، وأمّا البيع فقد نفاه هو في نفسه .

فَرْعٌ : ٣٧١٨ـ العدل إذا باع الرهن بإذنهما ، ثم قال : قد سلمت الثمن إلى المرتهن ، [و][1] أنكر المرتهن ، فالقول قوله ، ولا يقبل قول العدل عليه ؛ فإنه أمين المرتهن في تحفظ الرهن فحسب ، ثم هو بالخيار إن شاء طالب الراهن بدينه ، وإن شاء طالب العدلَ . فإن أراد مطالبة العدل ، فله ذلك ؛ فإنه يقول : قد أقررتَ بحصول عوض رهني في يدك ، ورُدّ قولُك في التسليم ، فله مطالبته إذن . ثم إذا غرِم العدلُ كما ذكرناه ، فلا يجد العدل به مرجعاً علىٰ أحد ؛ فإنه يعترف بأنه مظلوم من جهة المرتهن ، ولا يرجع المظلوم إلا علىٰ من ظلمه .

فَرْعٌ : ٣٧١٩ـ حكىٰ العراقيون عن الأصحاب أنهم قالوا : لو كان لرجل ألفُ درهم علىٰ رجلين ، علىٰ كل واحد خمسمائة ، ولهما عبد مشترك ، فادعىٰ أنكما رهنتماني العبدَ ، فأنكر كل واحد رهنَ نصيبه ، وزعم صاحبه رهنه وهو في نفسه لم[2] يرهن ، ثم شهد كل واحد منهما علىٰ صاحبه ، وحلف المدعي مع شهادة كل واحد منهما يميناً يميناً ، فيثبت له الرهن عليهما جميعاً في جميع العبد . وتعليله بيّن ، وهو موجَب القضاء بالشاهد واليمين .

قال الشيخ أبو حامد/ : في هـٰذا نظر عندي ، فينبغي أن لا تقبل شهادة واحد منهما ؛ فإن المدَّعي يقول : قد كذب كل واحد منهما لما أنكر الرهن في حق نفسه ، فإذا كان يكذِّب شاهدَه في شيء ، فكيف تقبل شهادته في حقه . ١٩٧ ش

وفيما قاله الشيخ أبو حامد نظر ؛ فإن أقوالهما في إنكارهما مجمل لا يوجب

---

(١) في الأصل : فأنكر .
(٢) عبارة (ت٢) : ولم يرهن هو في نفسه .

تفسيقهما ؛ من تقدير غفلة أو ذهول . وبالجملة ليس من الرأي ابتدار التفسيق مع اتجاه احتمالاتٍ لا فسق فيها .

فَرْعٌ : **٣٧٢٠ـ** إذا رهن شيئاً وسلمه إلى المرتهن ، فمات المرتهن وقال : لا أرضىٰ بيد الورثة ، فكيف السبيل فيه ؟ المذهب الأصح أن الأمر يرفع إلى القاضي ، فينصب القاضي عدلاً ، ويضع الرهن علىٰ يده . نقل **العراقيون** فيه نصَّ **الشافعي** ، وخرّج منه أن للراهن إزالة يد الورثة ، ولا فرق بين أن يكونوا عدولاً ، وبين أن يكونوا دون مورثهم في الثقة والعدالة .

وقال بعض أئمتنا : لا يزيل القاضي أيدي الورثة ؛ فإنهم استحقوها خلافة ووراثة . نعم ، للقاضي أن يضم إلىٰ أيديهم يداً إذا استدعاه الراهن ، فأما إزالة حقوقهم ، فلا سبيل إليه .

فَرْعٌ : **٣٧٢١ـ** إذا أراد العدلُ أن يسلم الرهن إلى القاضي ، والراهن والمرتهن جميعاً حاضران ، فليس له ذلك قبل عرض الأمر عليهما ، وليس للقاضي أن يقبله إذا أحاط بالحال ، فلو [سلمه][1] من غير مراجعة ، توجه الضمان على العدل .

فأما إذا غاب الراهن والمرتهن إلىٰ مسافة القصر ، فللعدل التسليم إلى الحاكم . وإن كان دون مسافة القصر ، فليس له الرفع إلى الحاكم حتىٰ يستأذنَهما . ولا يمتنع عندنا اعتبار مسافة العدوىٰ[2] في ذلك ، حتىٰ يقال : إن كانا علىٰ مسافة العدوىٰ ، فلا بد من مراجعتهما ، وإن [كانا][3] فوق مسافة العدوىٰ ، ففيه تردد .

ولو كانا حاضرين ، فعرض عليهما ، فامتنعا من الاسترداد ، فيرفع الأمرَ إلى القاضي حينئذ ، حتىٰ يحملهما على الأخذ منه ، ثم لا يخفىٰ منتهى الكلام في ذلك .

* * *

(١) في الأصل : سلّم .

(٢) مسافة العدوىٰ : قال ابن فارس : العدوىٰ طلبك إلىٰ والٍ ليُعديَك علىٰ من ظلمك ، أي ينتقم منه باعتدائه عليك . والفقهاء يقولون : « مسافة العدوىٰ » وكأنهم استعاروها من هـٰذه العدوىٰ ؛ لأن صاحبها يصل فيها الذهاب والعود بعدوٍ واحد ، لما فيه من القوة والجلادة . (المصباح) .

(٣) في الأصل : كان .

بَابُ
الزّيَادةِ في الرّهنْ ومَا يحدثُ فيهِ

قال الشافعي : وقد روي عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام أنه قال« الرهن محلوب ومركوب. . . إلىٰ آخره »(١) (٢) .

٣٧٢٢ـ مقصود الباب الكلام في فوائد الرهن ومصارفها ، وتفصيل القول فيها ، وهي آثارٌ وأعيانٌ في التقسيم الأول . والمعنيُّ بالآثار المنافع ، وهي للراهن وتَتْبَع ملكه ، ولا تتعطّل . **وأبو حنيفة** في مذهبه المشهور يرىٰ تعطيلها(٣) . وذهب **أحمد**(٤) **وإسحاق**(٥) إلىٰ أنها للمرتهن . واعتمد **الشافعي** الخبر ، ثم قد يقتضي إزالة يد المرتهن للانتفاع بالرّهنِ ؛ فإن الراهن إذا أراد استخدام العبد وركوب الدابة ، فلا يتأتىٰ له ذلك إلا بإزالة يد المرتهن ، ولأجل هـٰذا عطل **أبو حنيفة** المنافع ؛ إذ معتقده أن القبض وحق اليد الركن الأعظم في الرهن ؛ ولهـٰذا منع رهن المشاع ، وجرىٰ في المسألتين علىٰ تناقض ؛ حيث منع رهن المشاع ، وكان يمكنه أن يديم يد المرتهن على الشائع ، وصحح رهن ما ينتفع به ، وعطل المنافع . ولو طرد القياس ، لمنع رهن ما ينتفع به ؛ حتىٰ لا تتعطل المنافع ، وقد قررنا ذلك في (**الأساليب**) .

ثم لأصحابنا اضطراب/ في الجمع بين توفير المنافع على المالك ، وبين رعاية حق المرتهن في القبض ، ونحن نذكر مضطرب الأئمة في هـٰذا . ١٩٨ ي

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٦ .

(٢) رواه الدارقطني : ٣/ ٣٤ ، والحاكم : ٢/ ٥٨ . وانظر التلخيص : ٣/ ٨٣ح ١٢٤٢ .

(٣) ر . إيثار الإنصاف في مسائل الخلاف : ٣٦٨ ، رؤوس المسائل : مسألة ١٩٣ ، وحاشية : الطحطاوي ٤/ ٢٣٦ ، وحاشية ابن عابدين : ٥/ ٣١٠ .

(٤) ر . المغني (٤/ ٤٣٢) . وفيه تفصيل بين المرهون المركوب أو المحلوب وبين غيرهما . فليراجع . وانظر الموسوعة الفقهية مادة (رهن) .

(٥) إسحاق بن راهويه (ت٢٣٨هـ) .

أولا ـ اتفقوا علىٰ أن الراهن لو أراد المسافرة بالعبد لينتفع به في سفره ، لم يمكّن من ذلك . والزوج يسافر بزوجته لتأكد حقه منها ، ولا يبالي بما يتعطل من منافع الزوجة الحرة . والسيد يسافر بالأمة التي زوّجها ، ولا يبالي بحق الزوج منها . وهـٰذه الأصول في ظواهرها أدنىٰ تفاوت .

ووجه الكلام على الإيجاز عليها أن النكاح في الحرة هو الأصل في بابه ، وهو عقد العُمر ، وبه قوام العالم ، وبقاء النوع ، فعظم قدره ويقل بالإضافة إليه منفعة بدن الحرّة ، ونكاح الأمة دخيل في الباب ، يُجرَىٰ مجرى الرخص ، والرهن عارض يعقد للتوثيق ، وسيؤول على القرب إلى الفَكّ ، أو إلى البيع . وليس في المنع من المسافرة تعطيل كلي .

ثم قال الأصحاب : إن وثِق المرتهن بالراهن سلم العبدَ إليه نهاراً ليستخدمه ، ثم يرده ليلاً إليه أو إلىٰ يد عدلٍ ، وإن لم يكن الراهن موثوقاً به [كلفه المرتهن أن يُشهد في كل أخذ ورد ؛ حتىٰ يقوم الإشهاد في أدائه التوثيق مقامه . وإن كان الراهن موثوقاً به][1] في الناس مشهوراً بالعدالة ، ففي المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أنه يجب الاكتفاء بعدالته ؛ إذ يشق تكليفه كل غداة أن يُشهد علىٰ نفسه ، وإن لم يكن مشهوراً بالعدالة ، فقد [أُتي][2] من قِبَل نفسه . ومن أصحابنا من قال : إذا طلب المرتهن الإشهادَ ، وجب الإسعافُ به .

وحكىٰ **صاحب التقريب** من لفظ **الشافعي** [**في الرهن**][3] **الصغير** من القديم قولاً : أن الراهن لا يزيل يدَ المرتهن قط ، ولا يدَ العدل ، ولـٰكن يستكسب العبدَ في يد المرتهن ، ويحصل أجرته ، وإن كان يضيع معظم منافعه ، فلا يبالَىٰ به أصلاً ؛ فإن إزالة يد المرتهن لا سبيل إليه . وليس كرهن المشاع ؛ فإنه أُورد والإشاعة مقترنة به ، وهي تقتضي قطع[4] اليد لا محالة ، والوصول إلى المنفعة ممكن من غير إزالة اليد .

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٢) في الأصل : أوتي .
(٣) في الأصل : رهن .
(٤) في (ت٢) : تقطيع .

فهـٰذا اضطرابُ الأصحاب .

٣٧٢٣ـ فيتنخل منه أن المسافرة ممنوعة ؛ فإنها حيلولةٌ عظيمة ، ولم يسمح بها الأصحاب مع الإشهاد .

وأما إزالة اليد مع حضور المرتهن لينتفع به في وقت الانتفاع ، ويردّ في وقت السكون والاستراحة ، فهو ظاهر النص في **الجديد** ، وإليه ميل معظم الأصحاب . والكلام في أن الراهن هل يحسم الإشهاد ؟ وقد فصلت المذهب فيه .

وفي **القديم** قول آخر أن يد المرتهن لا تُزال بسبب الانتفاع ، كما لا تزال يد البائع عن المبيع المحبوس بالثمن بسبب الانتفاع . وسنصف هـٰذا في أثناء الفصل ، إن شاء الله تعالىٰ .

ومن راعى الإشهادَ يقول : لو كان الراهن خائناً مشهوراً بالخيانة لا يسلم إليه وإن أشهد .

فإن قيل : ما قولكم في منافع المبيع المحبوس بالثمن علىٰ قولنا بإثبات حق الحبس ؟ قلنا : اتفق الأصحاب علىٰ أن المشتري لا يزيل يده لينتفع ، بخلاف ما ذكرناه في الراهن ؛ فإن ملك المشتري غيرُ مستقر قبل القبض ، وملك الراهن مستقر .

واختلف أصحابنا في أن المبيع هل يستكسب في يد البائع للمشتري ، أم تتعطل منافعه ؟ فقال بعضهم : لا سبيل إلى التعطيل ، وهو مستكسب في يد البائع . وقال قائلون : منافعه تُعطل .

هـٰذا قولنا في منافع الرهن .

٣٧٢٤ـ فأما القول في الفوائد التي تكون أعياناً ، فهي منقسمة إلى الزوائد المتصلة ، وإلى المنفصلة . فأما الزوائد المتصلة ، فلا حكم لها ، والرهن يتعلق [بالمزيد][1] والزيادة ، ولا أثر للزوائد المتصلة إلا في الصداق عند وقوع الطلاق قبل

---

(١) في الأصل : بالزوائد والزيادة .

المسيس ، كما سيأتي في موضعه ، إن شاء الله تعالىٰ .

وأمّا الزوائد المنفصلة ، فإنها تنقسم إلىٰ ما كانت موجودة حالة الرهن علىٰ صفة الاتصال ، وإلىٰ ما يوجد/ بعد الرهن ، ثم ينفصل : فأما ما لا يكون موجوداً حالة الرهن ويوجد من بعدُ ، ثم ينفصل ، كالحمل يطرأ وينفصل ، وكذلك الثمار والألبان ، فلا يتعلق الرهن بها ، خلافاً **لأبي حنيفة**(١) ، ووافق أن الرهن لا يتعلق بالأكساب ، ثم ألحق العُقر(٢) وإن لم يكن عوض عينٍ بالأعيان ، في خبطٍ له معروف .

ش ١٩٨

٣٧٢٥ـ ونحن نجمع معاقد المذهب فيما يتعدىٰ إلى الولد الطارىء ، وفيما لا يتعدّىٰ إليه ، وعماد المذهب أن كل ما صار الملك مستغرَقاً به حتىٰ يعدَّ الملك مستحَقاً في تلك الجهة ، وبلغ تأكده مبلغاً يمتنع تقدير زواله ، فما كان كذلك ؛ فإنه يتعدّىٰ إلى الولد ، كالاستيلاد ؛ فإن أولاد المستولدة من النكاح والسفاح بمثابة المستولدة في استحقاق العتاقة ، وألحق الأئمة بذلك ولد الأضحية المعينة للتضحية ، بقول المالك : جعلتها ضحية ؛ فإن تعينها لجهة القربة لا يزول ، كالاستيلاد ، فالمالية مستهلكة فيها بجهة القربة ، والرهن عارض على الملك التام ، وكأنه عِدَةٌ موثوق بها ، وهو عرضة الزوال .

واختلف قول **الشافعي** في ولد المدبرة ، والمكاتبة ؛ من جهة أن من يُدبِّر يبغي التأبيد(٣) إلى العتاقة وإن ملَّكه الشرعُ الرجوعَ ، وكذلك الكتابة ، واختلف القول في أولادهما .

وولد الأمة التي نذر مولاها إعتاقَها علىٰ **طريقين** : **أحدهما** ـ أنه كولد المدبرة ، والآخر أن الاستحقاق يتعدىٰ إليه ؛ فإن النذر لا رجوع عنه . ولـٰكن من حيث إنه ربط العتق بالالتزام تردد الأصحاب . ومن نذر التضحية بشاةٍ ، ولم يقل جعلتها ضحية ، ففي ولدها طريقان أيضاً علىٰ ما سيأتي في كتاب الضحايا ، إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) ر . حاشية ابن عابدين : ٥/ ٣٣٥ ، فتح القدير : ٩/ ١٢٩ .
(٢) العُقر : مهر المرأة إذا وطئت بشبهة ، والصداق عامة (القاموس والمعجم) .
(٣) في (ت٢) : « من يُدبِّر يبقىٰ للتأبيد » .

وفي ولد العارية والمأخوذ سوماً **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه مضمون كالأم . **والثاني** ـ أنه ليس مضموناً . وسبيله سبيل الثوب يلقيه الريح في دار إنسانٍ ، وهـٰذا الاختلاف ينشأ من أن الأيدي المضمَّنة الصادرة عن إذن السيد هل توجب ضمان الغصوب أم لا ، وفيه خلافٌ ، رمزنا إليه ، وسنصفه من بعد ، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو أودع رجل بهيمة عند رجل أو جارية ، فولدت في يد المودَع ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه وديعة بمثابة الأم . **والثاني** ـ أنه ليس بوديعةٍ . وهـٰذا القائل يقول : ليس مضموناً ، بل هو كالثوب تهبُّ به الريح ، فتلقيه في دار إنسانٍ . وأثر هـٰذا الخلاف أنا إن لم نجعله وديعة ، فلا بد فيه من إذن جديد . وإلا لا تجوز إدامة اليد عليه ، كمسألة الثوب والريح ، وإذا قلنا : هو وديعة استمر المودَع ، ولم يستأذن ، وسبيله سبيل الأم .

وهـٰذا الخلاف في ولد الوديعة له التفاتٌ علىٰ خلاف الأصحابِ في أن الوديعة عقد أم لا ؟ وفيه اختلاف بين الأصحاب . ومن أدنىٰ آثار هـٰذا الخلافِ أنه إذا أودع وشرط شرطاً فاسداً مثل أن يقول : أودعتك علىٰ أن يكون الإنفاق عليك ، فهـٰذا يخالف وضع الشرع . فمن جعل الوديعة عقداً ، أفسدها بهـٰذا الشرط ، وما في معناه . فلا بد من ائتمانٍ جديدٍ ، وإلا كان ما أخذه وديعة بمثابة الثوب والريح . وإن لم نجعل الوديعة عقداً ، فالشّرط لا يؤثر فيه أصلاً ، بل يلغو الشرط الفاسد ، ويبقىٰ موجب الإيداع إلى الرد ، أو إلىٰ عدوان يصدر من المودَع .

ويقربُ من هـٰذا المأخذ مسألةٌ نص **الشافعي** فيها علىٰ قولين وهي إذا أودع/ صبياً ، فأتلفه ، هل يجبُ الضمان على الصبي ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ لا ضمان ؛ لأن المالك سلطه عليه بعقد ، فهو المتسبب إلىٰ إتلاف ماله . **والثاني** ـ يضمن ؛ فإن الإيداع ليس بعقد حتىٰ يُقضىٰ على المالك بأنه عقد عقداً على الفساد . ولـٰكن مهما(١) أتلف الصبي ضمن ؛ فإنه أتلف مال غيره ولا عقد . ١٩٩ ي

أما ولد المبيعة ، فلا خلاف أنه لا يجوز حبسه لاستيفاء الثمن ، يعني ولداً يحدث

---

(١) « مهما » : بمعنىٰ (إذا) .

بعد لزوم العقد وقبل القبض . فإن قيل : ولد المغصوبة مضمونٌ بجهة ضمان الأم ، فهلا كان ولد المبيعة مضموناً بجهة أمه ؟ قلنا : المبيع يضمن بالعقد علىٰ مقابلة الثمن ، والولد لم يقابل بالثمن . والغاصب يضمن بالعدوان وهو متعدٍّ بإدامة اليد على الولد ، كما أنه متعد بإدامتها على الأم .

فهـٰذه جملٌ تجري مجرى التراجم والمجامع في الأحكام التي تتعدىٰ إلى الأولاد [و][1]التي لا تتعدىٰ إليها . وما ذكرناه نشأ من كلامنا في الولد المتجدد بعد الرهن ، والمنفصل قبل بيع الرهن في الدين .

٣٧٢٦ـ ونحن نذكر الآن تفصيل القول في الحمل الموجود حالة الرهن ، ثم نتبعه نظائره ، كان يقول **شيخي أبو محمد** : إذا كان الحمل موجوداً يوم الرهن علىٰ نعت الاجتنان في البطن ثم بقي مجتناً إلى البيع في الرهن ، فلا حكم للحمل ، ونعتقده صفة للجارية ، [فكأنها][2] بيعت علىٰ صفة كانت عليها حالة الرهن .

فأمّا إذا كان الجنين موجوداً ابتداءً ، وانفصل قبل بيع الرهن ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يكون رهناً ؛ لأنه كان موجوداً حالة العقد . **والثاني** ـ لا يكون رهناً كالمعدوم ما لم ينفصل ، وقد كان الانفصال بعد الرهن ، وبنى الأصحاب القولين علىٰ أن الحمل هل يعلم ؟ فإن قلنا : إنه لا يعلم ، فكأن لا حمل ، ونعتقد الولادة فائدةً جديدة بعد العقد . وإن قلنا : الحمل يعلم ، فقد تناول الرهن الأم ، ولا مانع في الولد .

وكان **شيخي** يقول : إن قلنا : الحمل لا يعلم ، فهو علىٰ ما ذكره الأصحاب : وإن قلنا : إنه معلوم ، ففي تعلق الرهن به قولان ؛ فإن الرهن ضعيف لا يقوىٰ على الاستتباع ، ولم يقع التعرض للولد . ولو وقع التعرض له ، لكان فاسداً .

ولو علقت الجارية المرهونة بمولودٍ بتيقن بعد الرهن ولم ينفصل حتىٰ حل الحق ، ومست الحاجة إلى البيع ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنها تباع حاملاً ؛ ويعتقد

---

(١) مزيدة من (ت٢) .

(٢) في الأصل : وكانت .

الولد المجتن في البطن زيادة متَّصلة ، فقد تعدّى الرهن إليه إذاً في هٰذه الصورة . **والقول الثاني** ـ إن الرهن لا يتعدىٰ إليه ، ولا تباع ما دام الولد مجتناً ، وإذا انفصل ، لم يتعلق استيثاق الرهن به ، وَبَيْعُ الأم دون الولد لا سبيل إليه علىٰ ظاهر المذهب ، فقد تحصلت **أحوال أربع** : **أحدها** ـ أن لا يكون الحمل موجوداً في الطرفين لا عند العقد ، ولا عند البيع ، ولٰكن يحدث وينفصل ، فهٰذا خارج عن الرهن قطعاً مِنّا .

والحالة الثانية ـ أن يكون موجوداً في الطرفين ، فلا مبالاة به ، وهو يجري مجرى الصفة .

الحالة الثالثة ـ أن يكون موجوداً حالة العقد ، وينفصل قبل البيع ، وفيها القولان .

والحالة الرابعة ـ أن يتجدد العلوق بعد الرهن ، ولا ينفصل حتىٰ يدخل وقت البيع وهو مجتن بعدُ ، وفيه قولان .

٣٧٢٧ـ أمّا الثمار إذا لم تكن مؤبرة حالة العقد ، فأُبّرت من بعدُ **فطريقان** : من أصحابنا من قال : هي كالحمل ، وقد مضى التفصيل فيه . ومنهم من قال : لا يتعلق[1] الرهن به قولاً واحداً ؛ لأنه لم يذكر ، وهو ممّا يفرد بالتصرف ، والتبعية ضعيفة في الرهن .

وكان/ **شيخي** يقول : إذا كانت الثمرة غيرَ مؤبّرة حالة الرهن ، وبقيت مستترة إلىٰ وقت البيع ، فالحمل علىٰ مثل هٰذه الصورة يتعلق الرهن به تعلقه بالصفات ، وفي الثمار **طريقان** : من أصحابنا من أجراها مجرى الحمل ، وقطع فيها بتعلق الرهن بها . ومنهم من خَرّج التعلق بها علىٰ قولين وإن وجد الاكتتام والاستتار في الطرفين ، فهٰذا متجه فقيه . ١٩٩ ش

٣٧٢٨ـ وممّا نتكلم فيه اللبن والصوف ، فنقول : أمّا اللبن الذي يتجدد بعد الرهن [ويحلب][2] فلا شكّ فيه ، ولا تعلق للرهن به ، وقد صرّح به النبي صلى الله عليه

---

(١) في (ت٢) : « يتعلق » بدون (لا) النافية .
(٢) مزيدة من (ت٢) .

وسلم ؛ إذ قال : « **الرهن محلوب** » ولا شك أنه أراد أن الراهن حالب البهيمة المرهونة ، وراكبها ، والمنفق عليها .

فأما اللبن الكائن في الضرّع حالة العقد ، ففيه **طريقان** : منهم من قال : هو كالحمل . ومنهم من قطع بأن الرهن لا يتناوله ؛ فإنه موجود مقطوع به ، وقد قابل النبي صلى الله عليه وسلم لبنَ المصرّاة بعوض .

وأما الصوف الموجود حالة العقد ، فالذي نقله **الربيع** أنه يدخل تحت العقدِ ؛ فإنه متصل اتصال خلقة ، وهو ظاهر بادٍ ، فأشبه أغصان الأشجار . والصحيح أنه لا يدخل تحت العقد ؛ فإنه وإن كان متصلاً معدودٌ في العرف منفصلاً . ومن أصحابنا من قال : إن كان الصوف مستجزًّا حالة العقد ، فهو كالمجزوز ، فلا يدخل في الرهن ، وإن لم يكن مستجزًّا دخل في العقد ، ثم تلك الجِزّة متعلق الرهن إذا جزت .

٣٧٢٩ـ وأمّا أغصان الأشجار فما لا يعتاد قطعها داخلة في الرَّهن ، وما يعتاد قطعها ثم إنها تنبت أغصاناً من محل القطع كالخِلاف ، وما أشبهه ، فهـٰذه الأغصان نزَّلها العلماء منزلة الصوفِ ، من جهة أن الصوف ، يستجز ، فتجز ، كما أن الأغصان تستغلظ ، فتقطع .

وأمّا أوراق الأشجار فما يعتمد قطعها كأوراق الفِرصاد(١) ، فالقول فيها كالقول في الثمار . وقد ذكرنا أن الثمار لا تدخل ، ثم هي تُخلق ظاهرة ، فكانت كالثمار المؤبرة البارزة .

وأما الأوراق التي لا تقطع ، ولـٰكنها تنتثر أوان الخريف ، فالرهن يتعلق علىٰ ظاهر المذهب بها ، وإذا تجمع منها ما يُجمع ، كان بمثابة ما ينتقض من الدار المرهونة .

ومن أصحابنا من قال : إذا انتثرت الأوراق أو نثرت ، لم يتعلق استحقاق الرهن بها .

هـٰذا بيان ما يتعلق بالزوائد الموجودة حالة العقد .

---

(١) الفرصاد : شجر التوت ، ومعنىٰ « يعتمد قطعها » : أي يُقْصد .

٣٧٣٠ـ ثم كان شيخي يختم هـٰذا الفصل ، ويقول كل حُكمٍ علقناه بالاقتران بالعقد ، فالعقد هو المعتبر لا غير ، حتىٰ لو وجد حالة القبض ، ولم يكن موجوداً حالة العقد ، فهو متجدد . وقد مضىٰ تفصيل القول فيما يتجدد من الزوائد .

ومن أصحابنا من قال : العبرة في الاقتران بوقت القبض ؛ فإنه الركن ، وبه التمام ، وكأن اللفظ جارٍ معه ، وهو غير سديدٍ .

وقد نجز ما أردناه من الكلام في الزوائد العينية التي تقارن العقد ، ثم تنفصل ثم تتجدد من بعدُ ، وتنفصل أو تبقىٰ إلىٰ وقت البيع .

فَصْلٌ

قال : « وكذلك سكنى الدار ، وزرع الأرض ، وغيرها . . . إلىٰ آخره »[1]

٣٧٣١ـ المنافع قسمان : منفعةٌ لا يَنْقُصُ القيمةَ استيفاؤها ، كالسكنىٰ ، والركوب ، والاستخدام ، فللراهن أن يستوفيها . وقد ذكرنا التردد في طريق استيفائها مع رعاية حق المرتهن في قبضه ويده .

ومنفعة ينقص القيمةَ استيفاؤُها ، كالغرس والتزويج والوطء ، وفي الزرع تفصيلٌ ، علىٰ ما سنصفه .

فالقاعدة المعتبرة في هـٰذا القسم أن المنافع ، وإن لم تكن متعلّقاً لوثيقة المرتهن ، فالعين محل الوثيقة على الحقيقة ، فكل انتفاع يؤدي إلىٰ تنقيص القيمة ، فهو ممنوع ؛ من جهة أدائه إلى التأثير/ في محل الوثيقة ، وقد سبق تصوير تأثير الغرس في نقصان الأرض ، والتزويجُ لا شك أنه ينقص ؛ فإذا رهن جارية لم يزوجها ، والوطء في التي يخشىٰ علوقها محرّم ، وإن كانت الجارية بحيث لا يخشىٰ علوقها لصغرها ، أو كبرها ، ففي حلّ الوطء **وجهان** : أشهرهما المنع ، حسماً للباب ، وقياساً علىٰ قاعدة العدة ؛ فإن مبناها على استبراء الرحم ، ثم الصغيرة الموطوءة تعتد كالبالغة . وكذلك تعتد الطاعنة في السن اعتداد الشابة .

٢٠٠ ي

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٦ .

والزراعة إن كانت تَنْقُصُ قيمةَ الأرض لتأثيرها في الرقبة وتضعيفها تربتها كالذُّرة [فيما][١] قيل ، فهي ممنوعة إلا أن يأذن فيها المرتهن ؛ لسبب أدائها إلىٰ تنقيص القيمة .

أمّا زرع سائر الحبوب إذا كان لا يؤدي إلىٰ تنقيصٍ معتبر ، فالنظر فيه إلىٰ مدة بقاء الرهن إلى الاستحصاد ، فإن كان يحصد قبل حلول الأجل ، فلا منع منه ؛ فإن المنفعة تتوصل إلى الراهن ولا تؤدي إلىٰ تنقيصٍ من القيمة ، مع فراغ الأرض عند مسيس الحاجة إلىٰ بيعها في الدَّيْن .

فإن كان أمد الزرع يتمادىٰ حتىٰ تبقى الأرض مزروعةً عند حلول الحق ، فالمذهب منعُ الراهن من هـٰذا النوع ؛ فإن الأرض لا يُرغب فيها مزروعة كما يُرغب فيها وهي فارغة . وقال **الربيع** : للراهن أن يزرع ، ثم ينظر إلىٰ حالة الحلول ، فإن وفىٰ بيعُ الأرض دون الزرع بالدين ، فذاك . وإن لم يف ، قلعنا الزرع . ولا معنىٰ [للمنع][٢] من إنشاء الزراعة قبل حلول الحق إذا كان الاستدراك ممكناً بتكليف القلع . وهـٰذا تخريج **الربيع** . والظّاهرُ المنع من الزراعة ابتداءً . وقد ذكرنا مثل هـٰذا الخلاف في إنشاء الغرس .

وأما إجارة المرهون ، نُظر[٣] فيها ، إن كان حالاً ، فغير جائز . وإن كان مؤجلاً ، ومدة الإجارة تنقضي قبل حلول الحق أو معه ، فالإجارة تنعقد . وإن كانت مدة الإجارة تدوم ولا تنقضي عند الحلول ، فلا نحكم بانعقادها ابتداءً ، لأن مقتضاها التبعيض عند مسيس الحاجة ، وتقليل الرغبة[٤] ، ولا جواز لذلك . و**الربيع** يوافق فيما ذكرناه ، وإن خالف في الزرع من قِبل أن الزرع إن أمكن قلعه ، فالإجارة لو ثبتت ، للزمت ، ولا سبيل إلىٰ قطعها على المستأجر .

---

(١) في الأصل : فيها .
(٢) في الأصل كلمة غير مقروءة . والمثبت من (ت٢) .
(٣) جواب (أما) بدون الفاء .
(٤) أي الرغبة في شراء المرهون عند بيعه في الدين .

ولو كان الرهن فحلاً ، فأراد الراهن إنزاءَه علىٰ إناثٍ ، فإن كان الإنزاء ينقص من القيمة ، منعنا منه ، وإن كان لا ينقص ، فلا منع .

وإن كان الرهن أنثىٰ ، فأراد الإنزاء عليها ، نُظر : فإن كان الحمل ينقصها ، منعنا من الإنزاء عليها . وإن كان لا ينقصها ، وفرعنا علىٰ أنها قد تباع حاملاً في الدين ، فلا منع . وإن [أبينا][1] بيعها حاملاً في الدين إذا كان الحمل متجدداً بعد الرهن ، فإذا كان كذلك ، فالإنزاء في أصله ممنوع . وهـٰذا قياس بيّن في النفي والإثبات .

٣٧٣٢ـ وكل منفعة تضمَّن إستيفاؤها نقصاناً ، فاستيفاؤها بإذن المرتهن جائز ؛ فإنّ الحق له . ومن هـٰذه الجملة الإذنُ في الوطء ، وهـٰذا غريب ؛ فإن الوطء إذا كان ممنوعاً ، لم يستبح بإذن آذن . ولـٰكن حقيقة القول أن الوطء مباح في نفسه ، والمنع ليس راجعاً إلىٰ عينه ، وإنما المرعي حق المرتهن ، فإذا رضي ، استمر الوطء على الحل .

٣٧٣٣ـ ثم قال : « وأكره رهن الأمة . . . إلىٰ آخره »[2] .

إن لم تكن الأمة مرغوباً فيها ، لصغرها أو لخستها أو دمامة صورتها ، فلا بأس برهنها وفاقاً . وإن كانت بمحل أن ترمق[3] ، فظاهر النص والمذهب يشعر بجواز رهنها ، ثم لا تسلّم إلى المرتهن إن لم يكن مأمون الجانب ؛ فإنه قد يستخلي بها ، ويُلمُّ بها ، وما حرمت الخلوة مع الأجانب في وضع الشرع إلا من الجهة التي أشرنا إليها . ولـٰكن الوجه/ وضعُها علىٰ يدي امرأةٍ أو عدل لا يتطرق إليه إمكان إلمام بها . ٢٠٠ ش وإن كان المرتهن محفوفاً بأهله وذويه وأقربته في دارٍ ، وكانت الحشمة تَزَعُه من الإقدام على الإلمام بها بين أظهرهم ، فهـٰذا من الموانع ، فليعتبر المعتبر ما جعلناه معتبرَ الفصل .

---

(١) في الأصل : أثبتنا .

(٢) ر . المختصر : ٢/٢١٦ . وفي الأصل : « وطء » مكان « رهن » .

(٣) أي تلفت النظر : يقال : رمقه ببصره : إذا أتبعه بصره ، يتعهده ، وينظر إليه ويرقبه (المعجم) . والمراد هنا أنها بحالةٍ أو صورة تجذب الأنظار ، وتثير الإعجاب . فالكلام على المجاز .

وذكر الشيخ أبو علي في شرح التخليص قولاً أن رهن الجارية الحسناء ممنوعٌ أصلاً ، إلا أن تكون مَحْرماً للمرتهن ، فلا بأس حينئذ .

هـٰذا تفصيل القول في المنافع وجهاتِ استيفائها .

٣٧٣٤ـ ثم قال الأئمة : لا يُمنع الراهن من تعهد الرهن بما يدفع عنه ضرراً ، أو يحصّل خيراً ، فإذا دعت الحاجة إلىٰ حجامةٍ أو فصدٍ ، أو توديجٍ[(١)] في الدابة ، أو بَزْغٍ[(٢)] ، فلا يُمنع الراهن من هـٰذه الأجناس ؛ إذ لا خطر . والحاصل منها دفعٌ أو نفعٌ ، ومن جملة ذلك الختان ، وأبدىٰ بعض الأصحاب خلافاً في الختان عند القرب من حلول الحق ؛ من جهة أن البيع يفرض ورودُه والمختون أَلِمٌ[(٣)] ، وهـٰذا ينقص القيمةَ ، والرغبةَ ، وهـٰذا باطل ؛ فإن هـٰذا القدر لا أثر له في النقصان أصلا ، فلا منع منه ، أمّا إذا أراد قطع سِلعةٍ يخاف سريانها إلى الروح ، أو إلى العضو ، فهـٰذا ممنوع ؛ تخريجا على القاعدة التي ذكرناها .

٣٧٣٥ـ وإذا نجز القول في انتفاع الراهن وما يمتنع منه وما يسوغ ، فنقول : مؤنة الرهن في القاعدة الكلية على الراهن المالكِ ؛ فإن المؤونة تتبع الملكَ في أصل الشرع ، ثم الذي نص عليه الأصحاب في الطرق أن المؤن الراتبة على الراهن . وإذا امتنع عن شيء منها أُجبر ، ويشهد له حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، إذْ قال : « **وعلىٰ من يحلبه ويركبه نفقته** » فجعل وجوب النفقة في مقابلة ملك الانتفاع ، وأيضاً فإن الراهن ألزم نفسه الوفاء بتحقيق حق المرتهن من الوثيقة ، ومِن ضرورة هـٰذا الإنفاقُ علىٰ حسب مسيس الحاجة .

وذكر شيخي وطائفة من الأئمة أن الراهنَ إذا امتنع من الإنفاقِ ، لم يجبر ولـٰكن

---

(١) التوديج للدابة كالفصد للإنسان (مصباح) .

(٢) في (ت٢) : « نزع » ، وغير منقوطة بالأصل . والبَزْغُ من قولك : بَزَغَ البيطار الدابة بَزْغاً ، من باب قتل : إذا شرط حافرَها ، علاجاً (للرَّهْصَة) وهي نزول الماء في حافر الدابّة . فالبَزْغُ شرط الحافر لإخراج هـٰذا الماء (ر . الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي : فقرة : ٤٦٨ ، ٤٦٩ ، وأيضاً المصباح) .

(٣) في الأصل : آلم . وهي صحيحةٌ أيضاً .

القاضي يبيع جزءاً من المرهون ، ويصرفه في جهة المؤنة علىٰ حسب الحاجة ، وهـٰذا فيه نظر ؛ فإن قصاراه يؤدي إلىٰ بيع الرهن شيئاً شيئاً في جهة المؤنة ، وهو منافٍ لحقيقة الاستيثاق ، والوجه تكليف الراهن الإنفاقَ .

وقد تحقق بعد البحث عن الطرق إطباق **المراوزة** علىٰ أن النفقة لا تجب على الراهن ، وإن كان المرهون حيواناً ، فليس إيجابُ النفقة لحق المرتهن وحفظ الرهن عليه ، وإنما تجب لحرمة الروح ، وليس للمرتهن فيه طَلِبة إلا من جهة الأمر بالمعروف ، والمسلمون فيه شَرَعٌ[(١)] سواء ، وإن امتنع ، فالقاضي يبيع شيئاً من الحيوان علىٰ قدر مسيس الحاجة .

وإذا ثبت هـٰذا من مذهبهم في النفقة على الحيوان ، لم يخف قياسُهم في سائر المؤن . وحاصل طريق **المراوزة** أن الإنفاق على الرهن لا يجب لحق المرتهن .

وقطع **العراقيون** بأنه يجبُ على الراهن أن ينفق على المرهون إبقاءً لحق المرتهن ، وإدامةً لوثيقته ، واحتجوا عليه بأنا إن كنا نُنْفِق على الرهن من الرهن ، والدينُ مؤجل ، فهـٰذا يُفضي إلىٰ رفع الوثيقة ، فالراهن إذا كان يحتاج إلىٰ بذل مالٍ في الإنفاق على الرهن ، فلا فرق عنده بين أن يأتي بطائفة من ماله وبين أن يباع جزء من الرهن . هـٰذا كلامهم .

ونصُّ **الشافعي** في آخر « **باب الرهن يجمع شيئين** » موافقٌ **للعراقيين** ، وأنا أنقل لفظه علىٰ وجهه **قال رضي الله عنه** : « **وإذا رهنهُ ثمرةً ، فعلى الراهن تنقيتها وإصلاحُها وجِدادُها ، وتشميسُها كما يكون عليه نفقةُ العبد** »[(٢)] وسيأتي في كتاب الإجارة إن شاء الله تعالىٰ ، أنا نوجب على المكري عمارة الدار في يد المكتري ، حتىٰ يتمكن من استيفاء/ المنفعة . ٢٠١ ي

والمراوزة فيما أظن يحملون كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم أولاً إذ قال : « **وعلىٰ من يحلبه ويركبه نفقته** » علىٰ أن الراهن لا يرضىٰ ببيع ملكه في نفقته ، وهـٰذا

---

(١) شَرَعٌ : بفتح الراء ، وتسكن تخفيفاً ، أي سواء .
(٢) ر . المختصر : ٢/٢١٨ . وفيه : « سقيها وصلاحها » بدل « تنقيتها وإصلاحها » .

عليه الاعتياد الغالب ، فالنفقة عليه لا على المرتهن ، وفرض الامتناع عن النفقة ومسيس الحاجة إلى البيع ليس مما تعرض له الحديث ولا **الشافعي** .

٣٧٣٦ـ والمسألة محتملة جدّاً .

ويتصل بتمامها أنا إذا فرّعنا علىٰ طريق **المراوزة** ، فيتشعب منه أن المرتهن إن علم أن النفقة ستأكل الرَّهن قبل الأجل ، فحق هـٰذا أن يلحق بما يفسد قبل حلول الأجل ، حتىٰ يسوغ للمرتهن طلبُ بيعه وردّه ناضًا يستقل بقاؤه دون مؤنة . وهـٰذا طرفٌ لا بد من عرضه على الفكر .

ولو كان الإنفاق يأكل نصفَ الرهن مثلاً فينقدح أن يُملَّك المرتهنُ طلبَ البيع في جميعِه ؛ دفعاً لتنقيص التشقيص أولاً . والآخر أن النفقة تبقىٰ علىٰ ما يبقىٰ ثم يتسلسل القول فيه .

فليفهم الناظر ذلك ؛ فإنه لطيف .

وممَّا يتصل بالمؤن القول في أجرة البيت الذي يأوي الرهن إليه ، فليلتحق بالمؤن ، وقد تفصلت . وإنما أفردتها بالذكر ؛ فإن الفَطِن قد يخطر له أن الحفظ حق المرتهن ، فيختص بالتزام ما يتعلق بذلك . وليس الأمر كذلك بالإجماع .

* * *

بابُ
رَهْن الرَّجُلَيْنِ الشيء الواحد من الرجل الواحد

قال : « وإذا رهنا عبداً بمائة . . . إلىٰ آخره »(١) .

٣٧٣٧ـ إذا رهن رجلان عبداً مشتركاً بينهما بمائة درهم لإنسانٍ عليهما ، وتم الرهن ولزم ، فالمائة مقسطة على الراهنين علىٰ كل واحد منهما خمسون فيما نصوره ، فإذا أدىٰ أحدهما ما عليه من المائة ، انفك الرهن عن حصّته في العبد ، وبقي نصيب الثاني من العبد مرتهناً بما عليه من الدين . وتعليل ذلك بيّن ؛ فإنَّ كل واحد من الراهنين رهن ملكه بما عليه ، وقد أدّىٰ تمام ما عليه . ويستحيل أن يبرأ الراهن من الدَّين ، ويبقىٰ ملكه مرهوناً ، ولو بقي مرهوناً ، لبقي مرهوناً بدين غيره ، ويستحيل ذلك ؛ فإنه ما رهن نصيبه بدين غيره ، وقال **أبو حنيفة**(٢) لا ينفك الرهن عن شيء من العبد ما بقي من دين واحد منهما شيء . وهـٰذا ظاهر السقوط .

وإنما نذكر في الأحايين مذهباً يخالف مذهبنا حتىٰ يكون ذلك تذكرة ، ويتمهد الأصل به .

٣٧٣٨ـ ولو رهن رجل واحدٌ من رجلين عبداً بدينين لهما عليه ، فَأَوْجَبَ الرهنَ بلفظه وقبلاه ، فإذا أدّىٰ ما لأحدهما عليه ، انفك الرهن في حصته ، وانطلق تصرفه فيه ، وبقي الباقي مرهوناً بدين المرتهن الآخر ، وتعليل ذلك أن أحد المرتهنين استوفىٰ جميع حقه وبرىء الراهن من دينه ، فيستحيل أن يبقىٰ ما كان مرهوناً به على الراهن .

وأبو حنيفة يخالف في هـٰذا الطرف أيضاً(٣) ، ويقول : تمام العبد مرهونٌ عند كل واحد منهما ، وإذا أدى الراهن نصيب أحدهما ، لم ينفك من الرهن شيء ، ثم ناقض

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٧ .

(٢) ر . البدائع : ٦/ ١٣٨ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٣٢٠ ، ٣٢١ .

(٣) السابق نفسه .

أصلَه ، فقال أوَّلاً : جميع العبد مرهون عند كل واحد منهما ، وبنىٰ عليه أنَّ الرهن لا ينفك عن شيء من العبد بأداء أحد الدينين ، ثم ناقض وقال : لو هلك العبد وقيمته ألف ، وكل دين ألف ، لم تسقط الألفان بسقوط الدين بتلف المرهون ، ولٰكن يسقط من كل دين مقدار قيمة الحصة/ المرهونة عنده . ش ٢٠١

ولا فرق في مذهبنا إذا رهن الرجل من رجلين بين أن يثبت الدينان عليه من جهتين ، وبين أن يثبتا من جهة واحدة ، كإتلاف مقوم عليهما ، أو كابتياع عبدٍ منهما ، فالحكم ما ذكرناه .

وحكىٰ صاحب التقريب وجهاً [غريباً][1] أن الدين إذا ثبت لهما من جهةٍ واحدة ، فلا ينفك الرهن بأداء حصة أحدهما . وهٰذا غلط صريح ؛ إذ لا يتحقق الشيوع في الدين . وكل واحد يطالِب بحقه من غير مزيد ، فبقاء الرهن في تلك الصورة مع سقوط الدين محال . ولا يتصور أن يثبت دينان لرجلين إلا علىٰ حكم التعدد والتميز .

٣٧٣٩ـ ولو استعار رجلٌ من رجل عبداً ليرهنه بمائة ، فرهن من شخصين بمائة ، ثم قضىٰ دينَ أحدهما ، انفك الرهن في النصف ، كما قدمناه .

ولو استعار من رجلين ، ورهن من رجلين ، ثم قضىٰ دين أحدهما ، انفكَّ الرهن في النصف ، ويقع ذلك النصف للمعيرين لا محالة ؛ فإن الرهن جرىٰ في ملك مشترك ، وحصتين شائعتين ، فينزل الفك علىٰ حسب ذلك .

ولو استعار رجلان من واحد ، ورهنا من واحدٍ ، ثم قضىٰ أحدهما ما عليه من الدين ، انفك النصف من الرهن ، وعاد إلى المعير . وكذلك لو رهنا من رجلين بدينين عليهما .

ولو استعار من شخصين ، ورهن من واحدٍ [فالراهن][2] واحد ، وهو المستعير ، والمرتهن واحد ، فإذا [قضىٰ][3] الراهنُ المستعيرُ نصفَ الدين ليفتك نصفُ الرهن ،

---

(١) زيادة من (ت٢) .

(٢) في الأصل ، (ت٢) : والرهن . والمثبت تقدير منا بناء على السياق .

(٣) في الأصل ، (ت٢) : اقتضىٰ . والمثبت تقدير من المحقق مراعاة للمعنى الذي سيظهر تماماً في بسط المسألة الآتي قريباً .

ففي المسألة **قولان** ، نص عليهما في **الرهن الصغير**[١] : **أحدهما** ـ لا يفتك من الرهن شيء ؛ لأن الدين واحد ، ومستحقه واحد ، وقد وقع الرهن من واحد بدين واحدٍ ، وحكم الرهن أن يكون كله متعلقاً بكل جزء من الدين الواحد ، وما ذكرنا من الصّور قبل هـٰذا مضمونه تعدد الدين ، إمَّا بتعدد من عليه ، وإمّا بتعدد مستحق الدين ، وإما بالتعدد من الجانبين ، فجرت تلك التفاصيل بناء علىٰ تعدّد الدين ، والدين متحد في مسألتنا ، وإنما وجد التعدد في مالك الرهن . وسبب التمكن من تصوير العدد في الملك مع اتحاد الدّين والراهن والمرتهن التصويرُ في الرهن المستعار ؛ فإن الملاك المتعددين لا دين عليهم ، والراهن لا ملك له ، فلما اجتمع عدد المالك حيث لا دين ، واتحاد الراهن الذي عليه الدين ، ولا ملك له ، انتظم منه القولان .

وقد ذكرنا أحدهما .

والقول الثاني : أنه ينفك ، لأن صَدَرَ[٢] الرهن عن ملكين ، فينبغي أن يكون ذلك كما لو صدر عن دينين .

٣٧٤٠ـ ولا يتم الغرض في هـٰذا مالم نوضح التصوير ببيانٍ أظهرَ ممَّا ذكرناه . فالمسألة فيه إذا استعار رجل عبداً من رجلين مشتركين فيه ، ورهنه بألف درهم من رجل واحد ، ثم أدىٰ خمسمائة .

هـٰذا أصل التصوير . وتمامه أنه [إن][٣] نوىٰ بالخمسمائة فكَّ نصيب أحدهما ، وعين ذلك الشخصَ بقصده ، فالمسألة تخرجُ علىٰ قولين : **أحدهما** ـ أنه لا ينفك شيء . **والثاني** ـ ينفك حصة من عينه[٤] . وأما إذا قصدنا بخمسمائة أن تؤدّىٰ على الشيوع ، من غير تخصيص بحقه ، فلا ينفك في هـٰذه الصورة من الرهن شيء ؛ فإنه إذا تحقق تقدير أداء البعض عن كل حصة ، فتلك الحصّة بكمالها تبقىٰ مرتهنة إلىٰ تقدير أداء جميع مايقابلها من الدين . هـٰذا حكم الرهن ، فتصوير محل القولين يفتقر إلىٰ

---

(١) ر . الأم : ٣/ ١٧١ .
(٢) صَدَر : بفتحتين أي صدور .
(٣) مزيدة من المحقق مراعاة لاستقامة الكلام .
(٤) هـٰذا التصوير بعينه في (الأم) في الموضع المشار إليه آنفا .

فرض قصد المؤدي في فك إحدى الحصتين .

ي ٢٠٢ ولو استعار عبدين من شخصين ، ورهنهما/ من رجل واحد بدين عليه متحد ، ثم قضىٰ نصفَ [الحق][1] وقصد فكَ الرهن في أحد العبدين ، وكانت قيمة كل واحد منهما مائة ، فقد اختلف أصحابنا في هٰذه المسألة علىٰ طريقين : فذهب جمعٌ من الأصحاب إلىٰ أنه يفتك الرهن في العبد الذي عينه بقصده ؛ ففرق هٰؤلاء بين العبدين والعبد الواحد ؛ من جهة تعدد المحل وتميز أحد العبدين عن الثاني .

وذهب **المحققون** إلىٰ طرد القولين في صورة العبدين إذا اتحد الدين باتحاد الراهن ، فالتعويل على اتحاد الدين وتعدده والمرهون لا ينظر إلىٰ تعدده واتحاده ، ولا يشك الناظر أن مسألة العبدين فيه إذا انفرد كل مالكٍ بعبدٍ ، فعند ذلك تخيل أقوام الفرقَ ، فأمّا إذا كانا مشتركين بين سيدين ، فلا يخفىٰ أن المسألة من صور القولين . ونقل بعضُ الأثباتِ عن **الشافعي** في **الأم** نصاً غريباً ، وهو أنه قال : إن كان المرتهن عالماً بحقيقة الحال ، وكونِ المرهون مستعاراً من شخصين ، افتك الرهن في النصف ؛ لمكان علمه بتعدد مالك الرهن ، فإن لم يعلمه ، لم يفتك . وهٰذا لا ندري له وجهاً ؛ فإن عدم الانفكاك سببه اتحادُ الدَّين ، وعدمُ النظر إلىٰ تعدد المالك واتحاده . وهٰذا لا يختلف بعلم المرتهن وجهله .

نعم يؤثّر العلمُ والجهل في شيء آخر ، وهو أن من رهن عبداً مستعاراً من مالكين عند رجلٍ واحدٍ بثمن مشروط بالرّهن ، وفرعنا علىٰ أن أداء ما يقابل نصيب أحد المعيرين يوجب انفكاك الرهن في حصته ، نظر في المرتهن : فإن كان جاهلاً بتعدد المالك وصفة الحال ، ثبت له الخيار إذا تبين الأمر ؛ فإنه بنى الأمر علىٰ رهن مطلق بدينٍ واحد ، وموجبه أن لا ينفك منه شيء ما بقي من الدين شيء . وإن كان عالماً بحقيقة الحال دارياً بأن ذلك يُفضي إلىٰ تبعيضٍ في الفك ، فلا خيار له إذا حصل التبعيض في الفك .

ولو كان بين رجلين عبد مشترك ، فأذن أحد الشريكين لصاحبه في أن يرهن نصيبه

---

(١) في الأصل : الرهن .

من المشتري مع نصيبه المملوك له ، فرهن العبدَ ، ونصفُه ملكُه ، ونصفه مستعار من شريكه ، بالدين الواحد الذي عليه ، فلو قصد فكَّ الرهن في نصيب نفسه وإبقائه في نصيب الشريك المعيرِ ، أو على العكس ، ففي المسألة القولان المقدمان ؛ فإن المالك متعدد ، وأحدهما المعير ، والثاني الراهن ، والدين متحد . وهٰذا منشأ الخلاف .

٣٧٤١ـ ولو وكَّل رجلان رجلاً واحداً ليرهن عبداً لهما من واحد ، بدين لذلك الواحد عليهما ، فإذا قضىٰ أحد الموكِّلين نصيبَه من الدين ، فقد ذكر بعض أصحابنا أن هٰذا من صور القولين ؛ لأن الراهن متحد ، وكذلك المرتهن ، والراهن المتحد هو الوكيل .

وهٰذا خطأ ، ولا ننظر إلى اتحاد الراهن من طريق الصورة ، وإنما يَفْهَم عَقْدَ هٰذا الباب من يدري أن قطبه ومداره على اتحاد الدين ، وإذا كان لرجل علىٰ رجلين دين ، فهو في التحقيق دينان ، ولا يتصور اتحاد الدين مع تعدد المستحق أو تعدد المستحق عليه .

فَصْل

قال : « ولو كان الرهن ممَّا يكال ، كان للذي افتك نصفه أن يقاسم المرتهن بإذن شريكه . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٧٤٢ـ إذا رهن رجلان شيئاً من المكيلات مشتركاً ، أو من الموزونات ، فإذا قضىٰ أحدُهما نصيبه من الدين ، فقد افتك الرهنَ في نصيبه ، بناء علىٰ ما مهدناه ، من تعدد الدين . قال الشافعي : « **للذي افتك نصيبه أن يقاسِم** » وهٰذا الذي ذكره جواب[2] علىٰ قولنا : « القسمة إفراز حق » . فإن جعلناها/ بيعاً ، لم يجز ، لأنه يؤدي إلىٰ بيع المرهون بغيره[3] ، وهٰذا أصل يجري على الاطراد فيما يمتنع البيع فيه ، ففي إجراء

٢٠٢ ش

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٧ .
(٢) كذا في النسختين ، ولعلها : جارٍ .
(٣) فنصيب الشريك الذي افتك لم يعد رهناً ، وهو شائع مختلِطٌ بنصيب شريكه ، فلو قلنا : القسمة
=

القسمة قولان مبنيان علىٰ أن القسمة إفرازٌ أو بيع ، وقد يطرأ علىٰ قول البيع في بعض المواضع قول في جواز القسمة ؛ وذلك لمكان الضرورة . وهـٰذا كما سنذكره في قسمة الوقف ؛ فإنه على التأبيد والشركة القائمة قد تجرّ عسراً عظيماً . فإذا لم تفرض ضرورة ظاهرة ، انطبق جواز القسمة ومنعها على القولين في أن القسمة بيع أم ليست بيعاً . ومسألتنا من صور القولين ؛ فإن الرهن ينفك عما قليل ، فلا يظهر الضّرر .

٣٧٤٣ـ ثم ذكر **الشافعي** لفظاً ، **فقال : « للذي افتك نصيبَه أن يقاسم المرتهن بإذن الشريك »** .

قلنا : المقاسمة الحقيقية تجري مع الشريك ؛ فإن المقسوم هو الملك ، وهو منسوب إلى المالكين ، ولـٰكن **الشافعي** توسع في الكلام ؛ إذ قال : يقاسم من افتك نصيبَه المرتهنَ ، وحقيقة الاقتسام يتعلق بالمالك ، والمرتهنُ[1] ليس مالكاً ، حتىٰ إذا فرّعنا علىٰ إجراء القسمة ، فقد اختلف أصحابنا في أن إذن المرتهن ، هل يشترط ؟ فمنهم من قال : لا يشترط إذنُه ، ولا تعلق للقسمة به . ومنهم من قال : لا بد من مراجعته لمكان حقه ، [وهـٰذا كقولنا : لا يصح بيع الرهن دون مراجعة المرتهن ، وإن زعم الراهن أنه يبيعه في حقه][2] .

ثم القسمة في المكيلات والموزونات قسمةُ إجبارٍ ، فمن دعا إليها أجابه الحاكم ، وإن امتنع الشريك المالك ؛ فلا أثر للمراجعة ؛ فإن المستدعي مجابٌ . نعم ، حق على الحاكم أن يراجع الشريك ؛ فإن أطاع ، كان هو المنشىء للقسمة ، وإن أبىٰ ، فإذ ذاك يظهر إجبار الوالي ، وعلىٰ هـٰذا التفسير في مراجعة المرتهن من الخلاف ما قدمناه . فافهموه .

ولا يختص ما ذكرناه بالمكيلات والموزونات ، ولـٰكن كل قسمة يَجري الإجبارُ عليها على الجملة ، فإذا فرض الرهن في جنسه ، فالكلام في القسمة فيه علىٰ ما مضىٰ .

= بيع يكون قد بيع شيء من الرهن بغيره ، ليصير رهناً ، والرهن محبوسٌ للمرتهن لا يجوز بيعه .

(١) في (ت٢) : « الراهن » وهو سبق قلم واضح .

(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

٣٧٤٤ـ ولو رهن رجلان عبدين مشتركين بينهما بدين كان لرجلين عليهما ، ثم قضىٰ أحدُهما ما عليه من الدين ، فافتك الرهنَ في نصفي العبدين ، فلو قال لشريكه : العبدان متساويان في القيمة ، فتعال نقتسمها ، وينفرد كل واحد منا بعبدٍ ، فهـٰذه القسمة ليست قسمة جزئية ؛ إذ لا يعبر عن الحصتين فيهما بجزأين ، بل لو جرت ، لانفرد كل واحد بشخصٍ ، وهـٰذا النوع يسمىٰ قسمةَ التعديل ، ومعناه أنها لا تعتمد إلا تعديلَ القيمة .

فالقِسَم[1] ثلاثٌ : **منها** ما يعتمد الجزئية المحضة ، وهي في **المثليات** ، **ومنها** ما يعتمد **التعديل في القيمة والجزئية** ، وعليها بناء قسمة الأقرحة[2] والدور . والإجبار يجري في هـٰذين القسمين . **والقسم الثالث** ـ يعتمد تعديل القيمة ، ولا مجال للجزئية فيه ، كتمييز عبدٍ من عبد ، وكوضع القسمة علىٰ أن ينفرد شريك بدار ، وينفرد الآخر بدارٍ أو بستانٍ ، أو سلعة من المنقولات . **وللشافعي** في الإجبار علىٰ هـٰذه القسم الأخير قولان سيأتي ذكرهما في باب القِسام ، إن شاء الله تعالىٰ .

فإن قلنا : يجري الإجبار علىٰ هـٰذه القسمة ، فمن أصحابنا من قال : هـٰذا النوع بيعٌ قولاً واحداً . ومنهم من قال : هو خارجٌ على القولين . فإن قلنا : هي بيع قولاً واحداً ، امتنع جريانُها في الرّهن . فإن قيل : أرأيت لو رضي المرتهن ؟ قلنا : لا يصح مع رضاه أيضاً ؛ فإن رضاه يعمل في فك الرّهن ، فأما في بيع الرهن بما ليس برهن ليصير رهناً ، فلا مساغ لهـٰذا أصلاً . والأجوبة وإن اختلفت في جواز نقل الرهن من عين إلىٰ عين علىٰ حكم التراضي ، فلا اختلاف في أن/ التبادل بصيغة البيع لا يجوز . ٢٠٣ ي

وإن قلنا : القولان جاريان في هـٰذا الضرب من القسمة ، فإن قلنا : لا إجبار عليها ، فصحة القسمة مبنية على القولين ، كما ذكرناه . ولـٰكنا ذكرنا اختلافاً في القسمين المقدمين في أنَّ المرتهن هل يُراجع ؟ فإن قلنا ثَمَّ : يراجع ، فلأن يراجع هاهنا أولىٰ . وإن قلنا ثَمّ : لا يراجع ، فهاهنا وجهانِ ذكرهما **القاضي** .

---

(١) جمع قسمة .

(٢) الأقرحة : جمع قَراح ، وزان كلام ، المزارع التي ليس فيها بناء ، ولا شجر (مصباح) .

والأصح عندي أنه لا بد من مراجعة المرتهن ، فإن ضرورة الإجبار إن أوهبَ[١] حقُّ المرتهن فيما تقدم ، فيبعد جداً في صورةٍ لا إجبار فيها أن يخرج عن حق المرتهن في معرض التراضي شيءٌ كان متعلقَ حقِّه .

فليفهم النّاظر ما يمر به من البدائع .

٣٧٤٥ـ ثم ذكر **الشافعي** بعضَ تفريعات رهن المستعار ، وبين أن حق المستعير أن يذكر للمعير الدَّينَ الذي يرهن به . وهـٰذا تفريع منه علىٰ أن رهن المستعار ينحىٰ به نحو الضّمان .

وقد تقصينا بما فيه مقنع .

فَصْل

قال : « ولو رهن عبده رجلين ، وأقر لكل واحد منهما بقبضه كله . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٣٧٤٦ـ هـٰذا الفصل فيه تعقد من جهة التصوير ، لا من مأخذ الفقه ، والتدرج إلى البيان فيه يستدعي الاعتناء بالتفصيل .

فنقدم أولاً على الخصوص في المقصود تجديدَ العهد بأمور سبق تمهيدها : **أولاً ـ** إذا أقر المالك بأنه رهن عبده من زيد ، ثم بان أنه رهنه من عمرو ، وسلمه إليه ، ولم يتعرض في الإقرار الأول للقبض ، وإنما ذكر الرهن المطلق ، فيسلم الرهن إلى المقر له الثاني ؛ من قِبل أنه لم يعترف في حق الأول إلا بالرهن ، ولو رهن من رجلٍ ، ولم يُقبض ، ثم رهن من الثاني وأقبض ، فيرتفع الرهن الأول ، ويتم الثاني . هـٰذا إذا جرى الإقراران علىٰ هـٰذا الترتيب .

ولو قال أولاً : رهنت من زيد عبدي هـٰذا ، وسلمه إليه ، ثم أقرّ بعد ذلك أنه رهنه

---

(١) أوهبَ : دام (المعجم) . فكأن المعنىٰ : إن دام حق المرتهن مع القول بالإجبار ، فيبعد ـ ضرورة ـ ألا يكون له الحق في صورة عدم الإجبار . والله أعلم .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢١٧ .

أولاً من عمرو ، وسلمه إليه ، فكان إقراره الثاني مخالفاً للأول . أما الرهن ، فهو في ظاهر الأمر مسلَّمٌ إلى المقر له أولاً ، وهل يغرَم المقِر للمقر له ثانياً قيمة ذلك الرهن لتوضع رهناً ؟ فهو علىٰ قولين مأخوذين من أصلٍ معروف في أن الحيلولة في الأموال بالأقارير [وبالشهادات هل توجب الغرامة على المتسبب إلىٰ إيقاعها بالإقرار](١) أو بالشهادة المتصلة بحكم الحاكم ؟ هـٰذا الأصل علىٰ قولين .

ومن صوره لو قال : غصبت هـٰذه الدارَ من فلان ، لا بل من فلان .

وسيأتي تفصيل ذلك إن شاء الله عز وجل في كتاب الغصوب ، وفيه يتبين تفاوت المراتب في مسائل الأصل ، ويتسلسل الترتيب ، وما ذكرناه من القولين في الرهن ليسا علىٰ كمال البيان .

وكمال بيانهما في أثناء الفصل ، وإنما غرضنا التنبيه علىٰ ما يُفضي إليه الإقرار الثاني من أمر الغرم .

٣٧٤٧ـ ومما نقدمه أن المالك لو قال : رهنت عبدي فلاناً من زيدٍ وأقبضته ، بعد أن كنتُ رهنته من عمرو وأقبضته ، فصدقُ الإقرار يقتضي تقديمَ زيد . ومنتهى الكلام المنعطف علىٰ أوله يقتضي أن يكون المتقدم عمراً .

هـٰذا تخريجٌ على القولين في أن الاعتبار في مثل ذلك بأول الإقرار ، أو بآخر الكلام المتواصل . فإن قلنا : الاعتبار بآخر الكلام ، فالمقَرُّ له بحق السبق هو المذكور آخراً . وإن قلنا : الاعتبار بصدر الكلام ، فالمقر له أولاً هو المذكور أولاً في صدر الكلام ، وهـٰذا مأخوذ من قول القائل : لفلان علي ألفُ درهم من ثمن خمرٍ ، فإن بنينا الأمر علىٰ آخر الكلام ، لم نُلزمه شيئاً ، وإن بنيناه علىٰ أوله ، ألزمناه الألفَ المقرَّ به ، المذكورَ صدراً في الكلام ، وأحبطنا الآخر ، وسيأتي/ بيان هـٰذا في الأقارير إن شاء الله . ٢٠٣ ش

فإذا تبين الاختلاف في مسألة الرّهن في أن الأوّل في ظاهر الحكم مَنْ ؟ فمن نقدره أولاً ، فالرهن مسلم إليه ، وهل يغرَم المقر لمن نقدِّره آخراً أم لا ؟ فعلىٰ ما قدمناه من القولين .

---

(١) زيادة من (ت٢) .

٣٧٤٨ـ عاد بنا الكلامُ إلى الهجوم علىٰ مقصود الفصل. فإذا ادعىٰ رجلان علىٰ واحدٍ، كلٌّ واحدٍ منهما يدعي عليه أنه رهن عبده منه وسلمه إليه، وقال كل واحد منهما: إنه بعدما سلمه إليه رهنا مستحقاً، انتزعه من يده غصباً أو استعاره منه وسلمه إلى الثاني.

ونفرض المسألة فيه إذا لم يكن لواحد منهما بينة؛ فإن القول في البينات وتعارضها لا يبين إلا في كتاب الشهادات، فإذاً لا بينة، والدعوتان مطلقتان، لا تاريخ في واحد منهما، إلا أن كل واحد منهما يدعي السبقَ والتقديمَ بالقبض، فلا يخلو إما أن يكون العبد في يد المالك أو في أيديهما، أو في يد أحدهما:

٣٧٤٩ـ فإن كان في يدي المالك، أو يدي وكيله أو نائبه، فلا يخلو في التقسيمة الأولىٰ إما أن يصدقهما، وإما أن يكذبهما، وإما أن يصدق أحدهما ويكذبَ الآخر، فإن كذبهما، فالقول قوله مع يمينه، فيحلف وينتفي العقدان.

وإن صدق أحدَهما وكذّب الثاني، حكم بالرهن في ترتيب الكلام للمصدَّق منهما. وهل للمكذَّب أن يستحلف المقِرَّ؟ هـٰذا يبتني علىٰ أنه لو أقرّ له بعد أن أقر للأوَّل، فهل يغرم القيمة للثاني؟ فعلىٰ قولين، نبهنا عليهما في صَدْر الفصل. فإن قلنا: لا يغرَم، فلا فائدة في تحليفه؛ فإن اليمين تعرض حتىٰ يهابها المعروض عليه، ويقرّ. ولو أقر لم يكن لإقراره حكمٌ في حق الثاني: لا في نقض حق الأول من الرهن، ولا في إثبات العوض، فلا معنىٰ لليمين إذاً.

وهاهنا تنبيه علىٰ خبطٍ لبعض الأصحاب، تردد في مواضع فإن قلنا: لا يحلف المقِرّ، فلا كلام. وإن قلنا: يحلف، فإن حلف، فلا كلام. وإن نكل، رُدّت اليمين على المدعي، فإن نكل كان نكولُه بمنزلة حلف صاحبه. وقد مضىٰ حُكم حلفه. وإن حلف، فقد قال بعض أصحابنا: هـٰذا ينبني علىٰ أن يمين الرد بمثابة إقرار المحلَّف الناكل، أو بمثابة بيِّنةٍ مقامة في الخصومة؟ فإن قلنا: هي بمثابة إقراره، فلا يثبت إلا الغرم، كما تفصل من قبل. وإن قلنا: يمين الرد كبينة، فقد قال بعض الضعفة: تُجعل يمين الرد كبينة في الواقعة، تزيل يدَ المقر له أولاً، ويسلم الرهن إلى الثاني، كما لو قامت بينة علىٰ حسب هـٰذا.

وهـٰذا غلط صريح ، صرّح الأصحاب بنقله ، ونحن لا ننقل أمثاله إلا للتنبيه علىٰ كونه زللاً .

والوجه فيه أن يمين الرد لا يكون كبينة في حق غير المتخاصمين ، واعتقاد هـٰذا محالٌ ؛ فإن قصاراه أن يصير نكولٌ من خصم ، ويمين من آخر حجةً علىٰ غيرهما ، ولا يصير إلى اعتقاد هـٰذا ذو لبٍ ، وإذا كان غلطاً ، فلا معنىٰ للاعتناء بالتفريع عليه علىٰ عادتنا في العرض . ولـٰكن القدر الذي فرعه الأصحاب علىٰ هـٰذا الوجه الضعيف أنا لو استرددنا الرَّهن من الأول ، ورددناه إلى الثاني ، فالأول هل يغرم القيمة ؛ من حيث قصر فلم يحلف ؟ فيه **طريقان** : منهم من قال : قولان ، ومنهم من قطع بأنه لا غرم عليه للأوَّل ؛ فإنه إن كان يلتزم بالإقرار الثاني بعد الإقرار الأول غرماً ، فسببه أنه قال ما كان من حقه أن لا يقوله ، وتقصيره في مسألة الحلف امتناعه من اليمين ، ويبعد أن يوجب ذلك تغريماً .

ولا ينبغي أن نزيد علىٰ هـٰذا الخبط في تفريع/ أصلٍ هو خطأ . ٢٠٤ ي

هـٰذا كله فيه إذا كذبهما ، أو كذّب أحدهما وصدق الثاني .

٣٧٥٠ـ فإن صدقهما ، وقال : قد رهنت منك ، وسلمته إليك ، وقال للآخر : قد رهنته منك وسلمته إليك ، وكنت في أحد الرهنين والتسليمين مبطلاً ، ولست أدري من المحق منكما ومن المبطل ، وكيف جرىٰ تأريخ السبق والتقدّم ، فإذا قال المالك ذلك ، لم يخل المدعيان إما أن يدعيا علمه ، فكلٌّ يقول : تعلم سبقي وتنكر علمك به ، وإما ألا يدعيا علمه ، فإن لم يدّعيا إحاطته بحقيقة الحال ، فلا نزاع لهما معه ، والخصومة بين المدعيين ، فلكل واحد منهما أن يحلِّف صاحبه ، فإن تحالفا أو نكلا ، عسر إمضاء الأمر بينهما ، ولم يكن أحدهما أولىٰ بحقه من الثاني .

قال الأصحاب : إذا انتهى الأمر إلىٰ هـٰذا المنتهىٰ ، انفسخ الرهن . قال **الشيخ أبو محمد** : يمكن أن يجعل هـٰذا بمثابة ما لو تحالف المتبايعان ، وفيه خلاف في أن العقد ينفسخ أو يُفسخ ، ثم إن قلنا : ينشأ فسخُه ، فالقاضي يفسخ أو المتعاقدان ، فليخرّج هـٰذا علىٰ ذاك ، فإن حكمنا بالانفساخ ، أو نفذنا الفسخ كما سنذكره ، فالقول

في الظاهر والباطن يعود ، وهـٰذا اختلافٌ حقُّه الجريان في كل موضع ترتب الحكم بالفسخ فيه على الإشكال ، وتعذُّرِ إمضاءِ العقد .

فإن قلنا بالانفساخ ، وهو الذي أطلقه الأصحاب في هـٰذه المسألة ، فلا كلام . وإن قلنا بإنشاء الفسخ ، فليس ذلك إلى المدعيَين ، ولـٰكن يفسخ الحاكم . ويبعد أن يقال : يفسخ المالك ؛ فإن الخصومة ما تعلقت به : فالوجه والله أعلم تفويض الأمرِ إلى الحاكم . فإن قيل : إذا استوى المتداعيان في الحلف ، أو في النكول ، فهلا قلتم يقسم الرهن بينهما ؟ قلنا : تداعيا عقداً ، والعقود لا تقبل التقسيط . وسيكون لنا إلىٰ هـٰذا الفصل عودة في أثناء الكلام ، إن شاء الله تعالىٰ .

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ، قُضي للحالف . وكل ذلك فيه إذا لم يدعيا علمَ المالك .

٣٧٥١ـ فإن ادّعيا علمَه ، وكلٌّ يدعي علمه علىٰ وفق ما يدعيه ففي ذلك مسائل :
إحداها ـ أن ينكل عن اليمين في حقهما جميعاً ، فتعود الخصومة إليهما ، كما لو لم يدعيا علمَه ؛ فإنه بنكوله عن اليمين حسم باب العلم ، وأبهم الأمرَ . وإذا عادت الخصومة إلى المتداعيين ، فقد تفصل ذلك بما فيه مقنع .

ولو حلف المالك علىٰ نفي العلم في حق كل واحد منهما ، ففي المسألة **وجهان** :
أحدهما ـ أن هـٰذا منتهى الخصومة ، وقد تحقق تعذر الإمضاء ، فيترتب علىٰ حلفه لهما علىٰ نفي العلم انفساخُ الرهنين . ثم الكلامُ في الانفساخ ما مضىٰ .

والوجه الثاني ـ أنَّ فائدة حلفه لهما أن تنقطع الخصومة عنه من جهتهما ، والخصومة قائمة بين المتداعيين ما بلغت منتهاها ، وهـٰذا الوجه الثاني ذكره **صاحب التقريب وشيخي** وهو حسن فقيه .

وذكر بعض أصحابنا **وجها ثالثاً ـ** أن الرهن بين المتداعيين نصفان ؛ إذ هو مُقِرّ لهما ، وقد أشكل المتقدم منهما ، ولا يمكننا أن نجعل العين كلَّها رهناً من كل واحدٍ ، ولا من واحدٍ على التعيين ، فالتقسيط أعدل . وهـٰذا [و][1]إن كان مشهوراً ، فليس

---

(١) زيادة من المحقق .

يستند إلىٰ فقه مُبين ، مع بقاء المتداعيَيْن على النزاع القائم .

نعم لو اعترفا بالالتباس كما حلف المالك عليه ، فالمصير إلى التقسيط في مثل ذلك رأيٌ قد نقول به ، في الأملاك المُشْكِلَةِ ، المترددة بين طائفة من المدعين ، علىٰ ما سيأتي بيان الأملاك المشكلة بين المتنازعين ، ثم [حكمها][(١)] إذا اعترفوا بالإشكال .

ثم قال **القاضي** إذا ذكرنا/ وجهاً في أن الرهن بينهما ، وقد حلف المالك ، فهٰذا الوجه يخرج إذا نكل عن اليمين في حقهما جميعاً ؛ إذ لا فرق . ٢٠٤ ش

هٰذا كله إذا التبس الأمر كما قدمناه .

٣٧٥٢ـ فأمّا إذا أقر لأحدهما ، فإقراره له مقبول . وهل يحلف للثاني ؟ فعلىٰ **وجهين** ، **أو قولين** : **أحدهما** ـ أنه يقبل إقراره للمقَر له بلا يمين ؛ إذ الملك له ، وإليه الرجوع . ولو رجع عن إقراره ، لم ينفعه رجوعه .

والثاني ـ يحلف . وهٰذه الأصول الملتفة راجعة إلىٰ قواعدَ مضبوطة . فتحليفه في حق الثاني مأخوذ مما تقدم ، من أنه هل يغرم للثاني لو أقر له . وقد مضىٰ هٰذا . وعليه بنينا مسألةً في الجنايات من كتاب الرهن ، وهي أن الراهن لو أقر بعد جريان القبض في الرهن بجناية قبل الرهن ، وقلنا : القول قول الراهن ، فهل يصدق بلا يمين ؟ أم لا بد من تحليفه ؟ فيه **قولان** : فإن قلنا : إنه يحلف ، فلو حلف ، انقطعت الخصومة ، واستمر الإقرار ، وإن نكل عن اليمين ، ونكل المدعي أيضاً عن يمين الرّد ، فهو كما لو حلف المقر المالك .

وإن حلف من رددنا عليه ، فمن أصحابنا من قال : في المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه ينفسخ الرهنان ، **والثاني** ـ يقسم بينهما . وهٰذا القائل يزعم أن الإقرار السّابق حجة ، ويمين الرد من المدعي الثاني حجة ، وينزل ما تقدم مع ما تأخّر منزلةَ ما لو ادعى المرتهنان عليه ، فحلف لا يعلم ، وذلك أن حلفه في الصورة المتقدمة يُلبّس

---

(١) في الأصل ، (ت٢) : حكمهما . والمثبت تقدير من المحقق ؛ إذ الضمير يعود إلى الأملاك المشكلة .

الأمرَ ويُعمي الخصومة ، ويوجب استواء المرتهنين . ثم ينشأ من استوائهما أوجهٌ ، قدمناها . **وجهان**[1] منها : أن الرهن بينهما ؛ إذ الرهنان ينفسخان ، وقد تحقق الاستواء بالإقرار ، ويمين الرد . وهـٰذا مسلكٌ لبعض الأصحاب . وإذا قيل له : فلو أقرّ للثاني بعدما أقر للأول ، لم يتضمن إقراره للثاني المترتب على الأول استواءً بين المرتهنين ، حتىٰ يقضىٰ بانفساخ الرهن أو انقسامه ، قال مجيباً : الإقرار الثاني مردود إلا في حق الغرم ، واليمين الصادرة من المدعي حجة انتظمت الخصومة بها ، وأفضت إليها ، فلم يكن كإقرار ثانٍ بعد الإقرار الأول .

وسلك بعضُ أصحابنا مسلكاً آخر ، فقال : إن جعلنا يمين الرد بمثابة الإقرار ، فلا يستفيد الحالف المردود عليه حيث انتهى التفريع إليه إلا الغرم ، كما قدمناه . وإنِ جعلنا يمين الرد بمثابة بيّنة ، فالرهن يسلم إلى الحالف الآن ؛ ويبطل حكم الإقرار الأول . وهـٰذه الطريقة ضعيفة .

والطريقة الصحيحة القطع بتقرير الرهن الأول علىٰ موجب الإقرار الأول ، من غير أن يُتبع بشركةٍ أو نقض ، أو انفساخ ؛ فإن الانفساخ يعتمد الإشكال ، وقد استقل الإقرار الأول في البيان . والشركة تعتمد الاستواء ، ولا استواء مع التقدم والتأخر . ونقض الرهن الأول ، وتسليمه إلى الثاني نتيجة بيّنةٍ تقوم ، وقد ذكرنا أن يمين الرد ليست بيّنة في حق غير الناكل والمردود عليه ، فقد بطلت هـٰذه المآخذ . ولم يبق إلا القطع بأن الرهن يسلم إلى الأول ، والناكل يغرَم للحالف القيمة ؛ فإذا تبيّنا جواز تحليفه علىٰ تقديم الغرم ، لا ينقدح عندنا في القياس إلا هـٰذه الطريقة .

٣٧٥٣ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الرهن في يدي الراهن أو في يدي نائبه ، بتقدير نزعه الرهن ممن سلمه إليه .

وقد أجرينا المذهب بكماله في هـٰذا الطرف . ولـٰكنا نخشىٰ أن يتخبط على الناظر ، فاللائق بطلب البيان أن نترجم ما قدمناه إلى الآن ، ثم نبتدىء القسم الثاني .

ي ٢٠٥ فنقول : / إذا جرىٰ رهنٌ وتسليمٌ من رجلين ، وعسر درك السابق منهما ، فإن ادعيا

---

(١) كذا في النسختين ، ووجهها أنها في محل (البدل) من (أوجه) .

علماً على الراهن والرهن في يده ، فإن حلف لا يعلم ، فقد أشكل الأمر من جهته ، ونشأ منه أوجه : **أحدها** ـ قسمة الرهن ؛ أخذاً من استواء المدعيين . **والثاني** ـ انقسام الرهن ، تلقياً من الاستواء . ولا تبعيض بينهما بالاتفاق . **والثالث** ـ وهو الأصح الأقيس أن المرتهنين لا بد وأن يختصما . فإن تحالفا ، أو نكلا ، اعترض عند ذلك الانفساخ ـ والفسخُ في معناه ـ أو القسمة ، للاستواء . وإن حلف أحدهما ، قُضي له ؛ فإنه منتهى الخصومة .

هـٰذا إذا ادّعىٰ علمَ الراهن ، فحلف . فأما إذا نكل ، فلا تقف الخصومة على النكول ، وجهاً واحداً ؛ فإن القضاء بالنكول لا يلائم مذهبنا ، ولـٰكن تسترسل الخصومة على المدعيين . ثم قد ذكرنا منتهىٰ خصومتهما .

هـٰذا إذا ادعيا علمه .

[فإن][1] لم يدعيا علمه ، فلا يتركان والاختصام من غير مراجعة المالك . ولـٰكن لو اعترفا بأنه لا يعلم ، وهو معترف أيضاً ، فيكون هـٰذا بمثابة ما لو نكل عن اليمين الموجهة عليه في دعوى العلم . ثم منتهىٰ خصومتهما إذا أفضىٰ إلى استواءٍ في نكولٍ أو حلف ، عاد الوجهان في الانفساخ والانقسام . وإن وقعت الخصومةُ علىٰ حلف من أحدهما ، ونكولٍ من الثاني ، جرى القضاء باليمين ، لا محالة .

ولو قال الراهن : أنا علىٰ [علم][2] ، وأقر لأحدهما ، واليد له ، نفذ إقراره . ولو أقر للثاني ، فقولا الغرم ، وإن لم يقر ، ففي التحليف قولان مأخوذان من الغرم . فإن حلف ، انتهت الخصومة ، واستقر الرهن علىٰ موجب الإقرار . وإن نكل ، ونكل المدعي ، فهو كما لو حلف .

وإن حلف المدّعي ، تحزب الأصحاب أحزاباً ، وذكروا طرقاً ثلاثة ، أتينا عليها في آخر التفصيل ، وارتضينا الصحيحَ الجاري على القياس .

هـٰذه ترجمة ما قدمناه .

---

(١) في الأصل : وإن . والمثبت من (ت٢) .
(٢) في الأصل : علمه .

٣٧٥٤ـ ونحن نخوض الآن في القسم الأخير من مضمون أصل الباب . فنقول : كل ما ذكرناه فيه إذا كانت اليد فيه للراهن ، فأما إذا كانت اليد لأحد المدعيين ، أو كان الرهن في أيديهما جميعاً ، فنقول في ذلك : لو كان في يد أحد المدعيين ، نظر ، فإن أقر المالكُ لصاحب اليد ، حكم له بالرهن ؛ فإنه حصلت له شهادة اليد ، وإقرار المالك . وإن أقر المالك لصاحبه الذي لا يدَ له في الحال ، وزعم أن هـٰذا المرتهن الذي هو ذو اليد ، أزال يده التي أثبتها له ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنا نرجّح الإقرار على اليد ؛ فإن قول المالك هو المعتبر ، وإليه الرجوع ، واليد لا تدل على الرهن وإنما تدل على الملك . علىٰ تفاصيلَ ستأتي ، وذو اليد ليس يدعي إلا حقّ الرهن .

والقول الثاني أن الترجيح لليد . وهـٰذا ضعيف لما قدمناه . وإن كان مشهوراً . وصاحبه يقول : إذا كنَّا نرجح اليد في دعوى الملك ، فاعتبارها في دعوى الوثيقة ليس بعيداً ، واليد أليق بالرهن منها بالملك ، فإن القبض ركن الرهن ، ولا يكاد يخفىٰ فرض المسائل كلها في [تسليم](١) جريان الرهن في صورته مع الرجلين ، وإنما النزاع في السابق بالقبض .

٣٧٥٥ـ ولو كان الرهنَ في أيديهما ، فأقر لأحدهما ، [فإن](٢) قلنا : نرجح الإقرار على اليد ، حُكم به للمقر له . وإن قلنا : نرجح اليدَ على الإقرار ، فالرهن بينهما .

ثم من قضينا له بالإقرار ، تمَّ أمرُه في استحقاق الرهن ، وإن كنا نرجح [اليدَ](٣) ، فلا نقضي باليد المجردةِ ، فيبقى/ النزاع معها ، غير أن القول قول صاحب اليد مع يمينه ، وهـٰذا لا شك فيه ، وهو الشاهد بأن الإقرار أولىٰ من اليد . ش ٢٠٥

واختار **المزني** أضعفَ القولين فقال : إذا أقر المالك بالرهن والقبض [لمن](٤) لا يد له ، فالقول قول صاحب اليد . وهـٰذا تقديم منه لليد على الإقرار ، وليس له

---

(١) في الأصل : تسلم .
(٢) في الأصل : إن .
(٣) في النسختين : الرهن . والمثبت تقدير منا رعاية للسياق . لعله الصواب .
(٤) في الأصل : ولا يد له .

أصل ولا نعرف الخلاف أن الإنسان إذا كان في يده ملكٌ لغيره ، فادعىٰ أنه رهنه منه المالك ، وأنكر صاحب الملك أصلَ الرهن ، فالقول قول المالك في نفيه ، ولا حكم ليد مدّعي الرهن . وإنما القولان فيه إذا جرى الرهن ، وآل النزاع إلى القبض . وإذا كان الرهن لا يلزم بنفسه ، فأي أثر له والقبض متنازع فيه .

ثم فرع **المزني** ، فقال : إذا صادفنا الرهن في يد أحدهما ، فقال : لقد قبضت ، وقبض صاحبي أيضاً ، ولـٰكن كان قبضي أسبق من قبضه ، فيقال له : لو كان قبضك أسبق من قبضه ، كانت اليد لصاحبك الآن ، فإنك أقررت له بصورة القبض أيضاً ، وادعيت أنك السابق ، وهـٰذا يقتضي أن تكون اليد لصاحبك ، وقد تلقاها منك غصباً ، أو استعارةً ، فموجب ما قلت يتضمن إقراراً لصاحبك باليد ، فسلِّم إليه الرهنَ ، ثم أثبت سبقَك .

قال **القفال** : فيما قاله نظر ، وتفصيل ، فنقول : إن صرح بأنه لم يقبض إلا مرّة واحدة ، وكذلك صاحبه ، لم تتجدد يده . ثم قال : وأنا سابق ، ولم تزل يدي ، فلم يتكرر ، فهـٰذه مناقضة . والجوابُ ما قال **المزني** .

فأمّا إذا قال : كنت السابق بالقبض ، فأخذ مني صاحبي غصباً ، فانتزعته من يده ، ففي هـٰذه الصورة يبقىٰ في يده .

وما ذكره **المزني** محتمل في الصورة التي ذكرها **القفال** آخراً ، فإنه على الجملة اعترف له بيده قبل هـٰذه اليد التي نشاهدها . وادعىٰ : أنه كان مغتصباً فيها ، فعليه إقامة البينة فيما يدعيه من الغصب ، والأمر محتمل كما ترىٰ .

* * *

بَابُ
الرّهنِ يَجْمَعُ شَيْئَيْنِ

قال الشافعي رحمة الله عليه : « إذا رهن أرضاً . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٧٥٦ـ الفصل يشتمل علىٰ شيئين : **أحدهما** ـ أن من رهن أرضاً فيها أشجار ، ولم يتعرض للأشجار ، ولا لاسم يشتمل على الأشجار ، كالبستان ونحوه ، بل ذكر الأرض مطلقا ، فهل تدخل الأشجار تحت تسمية الأرض ؟ فيه اختلاف نصوص ، وكذلك في البيع مثل ذلك . وللأصحاب طرق سبقت مفصلة ، فلا نعيده . هـٰذا أحد المقصودين .

والثاني ـ أن يبيع شجرة في مغرسها ، أو يرهنها من غير تعرض لذكر المغرس ، فحاصل المذهب **أقوالٌ** ، وربما كان يقول : **أوجه** ، فإن النصوص في المقصود الأول وهو بيع الأرض من غير ذكر الشجر . وهـٰذا من بيع الشجر من غير ذكر المغرِس .

فمن أصحابنا من قال : لا يدخل المغرس لا في البيع ، ولا في الرهن ؛ فإن الشجر بالإضافة إلى الأرض فرعٌ ، ويبعد استتباع الفرع الأصل .

والثاني ـ أن المغرِس يدخل في الرهن والبيع جميعاً ؛ فإن مطلق العقد على الشجرة القائمةِ التي لا يعتاد قلعها يُشعر بحق تقريرها ، وذلك[٢] يثبت الاستحقاق في المغرس .

والثالث ـ أن البيع يتضمن استتباع المغرس بخلاف الرهن . والفرق ما قدمناه مراراً من ضعف الرهن وقوة البيع ، وعليه خرّجنا الخلاف في أن مطلق تسمية الشجرة هل يستتبع الثمارَ التي لم تؤبر في الرهن استتباعها إياه في البيع ؟

هـٰذا قولنا في المغارس .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٧ .

(٢) في (ت٢) : لا يثبت .

فأما إذا كان بين النخيل قطع أراضٍ لا غراس فيها ، نُظر : فإن كانت بحيث تفرد بالانتفاع بها دونَ النخيل ، فلا شك أنها/ لا تدخل تحت مطلق تسمية النخيل . ٢٠٦ ي

وإن كانت تيك القطع لا يتأتىٰ إفرادها بالانتفاع بها إلا علىٰ طريق التبعية للأشجار فقد ذَكر **شيخي وصاحب التقريب وجيهن** فيها : **أحدهما** ـ أنها بمثابة المغارس حتىٰ تخرّج فيها الأوجه التي ذكرناها في طرق الأصحاب[1] . **ومن أصحابنا** من قطع بأنها لا تدخل تحت البيع والرهن جميعاً ، وجهاً واحداً ؛ فإنها ليست مغارس . وإن كانت لا تستقل بأنفسها . وهـٰذا هو الأصح فيها ؛ فإن استتباع المغارس علىٰ حالٍ ضعيفٌ ، لما ذكرناه من لزوم استتباع الفرع الأصل .

٣٧٥٧ـ وما ذكره[2] في الأشجار ومغارسها يجري في بيع الأبنية من غير تعرض لأساسها . فالمسألة وقد سميت الجدران والبنيان في استتباع الأساس تُخَرّج على الأوجه الثلاثة . فإن قضينا بأن الشجرة تستتبع مغرسها ، والجدار يستتبع أُسَّه ، فهـٰذا استتباع ملك ، وهو كاستتباع الأرض الغراسَ والبناءَ في الأقوال المقدمة .

ولو رتب مرتب استتباع الشجر والجدار المغرسَ والأساسَ على استتباع الأرض الغراسَ والبناء ، كان متجهاً ؛ فإن قلنا : لا تستتبع الأرضُ الغراسَ ، فلأن لا يستتبع الغراسُ المغرس أولىٰ . وإن قلنا : تستتبع الأرضُ الغراسَ ، فهل يستتبع الغراسُ المغرسَ ، والجدارُ الأسَّ ؟ **فعلىٰ وجهين** . والفرق لائح .

وإن قلنا : الشجرة لا تستتبع مغرسَها ملكاً ، فليس لبائعها قلعُها مجّاناً . نعم ؛ **اختلف أصحابنا** : **فمنهم من قال** : حق عليه أن يبقيها ما أراد المشتري بقاءها ، فإنه باعها ، وهي ذات حق في الثبوت في المغرس ، فليثبت للمشتري علىٰ وجه ثبوته للبائع اعتباراً بسائر الحقوق . **والوجه الثاني** ـ أن البائع لو أراد قلع الشجرة ، لم يمنع من قلعها ، ولـٰكن يغرَم ما ينقصه القلع ، كما يغرَمه المعير في مثل هـٰذه الصورة ؛ فإن من أعار أرضا لتغرس فغرست ، فللمعير قلعُ الغراس علىٰ شرط الضمان فيما ينقصه القلع . وسيأتي تفصيل ذلك في كتاب العَواري ، إن شاء الله عز وجل .

---

(١) في (ت٢) : في الاستتباع .
(٢) في (ت٢) : ذكرناه .

فصل

قال : « ولو رهن ثمراً قد خرج من نخله . . . إلىٰ آخره »[١]

٣٧٥٨ـ يمتزج بمقصود هـٰذا الفصل رهن ما يتسارع إليه الفساد ، وقد فصلنا المذهب فيه ، وفرقنا بين رهنه بالدين الحال ، وبين رهنه بالمؤجل ، وذكرنا ما يليق به من التفصيل . فإذا اعترض كلامٌ في أثناء الفصل يتعلق برهن ما يفسد ، أحلنا البيان علىٰ ما تقدم .

ومقصود الفصل التفصيل في رهن الثمار علىٰ رؤوس الأشجار .

والقول فيها ينقسم : فنتكلم في رهنها وحدها دون الأشجار ، [ثم نتكلم في رهنها مع الأشجار .

فأما رهنها دون الأشجار][٢] فنقول : لا يخلو إما أن تكون مُزهيةً قد بدا الصَّلاح فيها ، وإما أن تكون غيرَ مزهية ، فإن كانت مزهية ، فهي ناجية من العاهة ، وكلامنا وراء ذلك في الدين الحال والمؤجَّل : فإن كان الدين حالاً ، صح رهنها علىٰ كل حالٍ ؛ فإنها وإن كانت لا تدّخر ، فرهنها بالحالّ مسوّغ .

وإن رُهنت بالمؤجل لم يخلُ صنف الثمر : فإن كان يُجدُّ ويجفف ، فالرهن جائز ، وليست الثمرة مما تُعد جارية إلى الفسادِ . وإن كان صنف الثمر بحيث لا يدّخر ، يُنظر : فإن كان يفسد قبل حلول الأجل ، فالرهن جائز ، ولا غموض في الفصل . وكل ذلك إذا كانت الثمرة/ مُزهيةً . ش ٢٠٦

٣٧٥٩ـ فأمَّا إذا كانت غير مزهيةٍ ، فما بدا الصلاح فيها ، فلا شك أن بيعها مطلقاً وبشرط التَّبقية باطل عندنا .

والمعنى الذي ذكرناه حداً للمذهب تعرّضُ الثمار للعاهة قبل بدوّ الصلاح .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٧ . وفي الأصل : شجراً . والمثبت من نص المختصر ، ومثله (ت٢) .

(٢) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

فأما رهنها مطلقاً ، فكيف السَّبيل فيه ؟ نرسم صوراً ونرتب بعضها علىٰ بعض . فنبدأ برهن الثمار قبل بدو الصّلاح فيها ، ونفرض رهنها بالدين الحال . فنقول : إذا رهنت بالدين الحال مطلقاً من غير شرط القطع ، ففي صحة الرهن **قولان** ، ذكرهما **صاحبُ التقريب** وغيرُه : **أحدهما** ـ أن الرهن يفسد كما يفسد البيع علىٰ هـٰذا الوجه ، والرهن يتبع البيع في الصحة والفساد . **والثاني** ـ أنه لا يفسد **لمعنيين** : **أحدهما** ـ أن الحلول في الرهن قرينةٌ حالّة محل شرط القطع ؛ فإنّ مبنى الرهن بالدين الحال أن الرهن إذا كان بحيث يتسارع الفساد إليه ، فإنه يباع علىٰ فوره ، ويصرف ثمنه إلى الدين ، أو يوضع رهناً . فإذا كنا نصحح رهنَ ما يتسارع إليه الفساد بالدين الحال حملاً علىٰ ما ذكرناه ، فرهن الثمار بالدين الحال قبل بدوٌّ الصلاح أولىٰ ؛ فإن ما يتوقعه من تعرّضها للصّواعق وغيرها من الآفات أبعد من توقع الفساد ، فهـٰذا أحد المعنيين . **والثاني** ـ أنا لا نشترط في الرهن من الاحتياط ما نشترطه في البيع ؛ والسبب فيه أن حق المرتهن الأصلي دينه ، ودينه لا يسقط بفوات الرهن ؛ ومقصود البيع يضيع بتلف المعقود عليه . وهـٰذا المعنىٰ فيه ضعف ، وإن ذكره الأئمة . والمعنى الأول كافٍ .

هـٰذا إذا كان الرَّهن بدين حال .

٣٧٦٠ـ فأما إذا كان بدين مؤجل نُظر : فإن كان الصَّلاح لا يبدو قبل حلول الأجل ، بل الأجل يحل أولا ، فلو رهن الراهن هـٰذه الثمارَ علىٰ شرط أن [لا][1] تباع بشرط القطع ، ففي صحة الرهن **قولان مشهوران** : **أحدهما** ـ لا يصح ، كما لا يصح البيع في نظير هـٰذا . ومن اشترىٰ ثماراً لم يبد الصلاح فيها علىٰ شرط أن يقطعها بعد يوم ، فالبيع يفسد لتضمنه شرط التبقية ، ولو في زمن قريب ، فليكن الرهن كذلك . **والثاني** ـ أن الرهن يصح ، ولم يوجه الأصحاب هـٰذا القولَ إلا بالمعنى الثاني الضعيف ، الذي ذكرناه في صورة الرهن بالدين الحالّ . فقالوا : البيع لو بني على الغرر ، خيف سقوط العوض والمعوض بتقدير التلف ، والرهن لو ضاع ، لم يضع الدين به .

---

(١) ساقطة من الأصل .

وهـٰذا لست أُوثره ، بل أقول : ليست الثمار قبل بدوّ الصلاح مما يعد فاسداً من ساعته . ولو رُددنا إلى المعنىٰ لما أفسدنا بيعها بشرط التبقية ، والمعتمد في إفساد البيع الخبر ، والخبر وارد في البيع ، فهـٰذا أولىٰ في توجيه هـٰذا القول مما قدمناه ، مع مصيرنا إلىٰ فساد الرهن فيما يتسارع إلى الفساد ، علىٰ تفصيلٍ مضىٰ .

ثم رتب أئمتنا القولين في رهن الثمار قبل بدوّ الصلاح في الصورة التي نصصنا عليها والدين مؤجل على القولين والدين حال . ولا شك أن الرهن بالفساد أولىٰ إذا كان الدين مؤجلاً .

ولو رهن الثمار قبل بدو الصلاح بدين مؤجل ، وكان الصلاح لا يبدو إلا بعد الأجل ، ولم يجر تعرضٌ للقطع/ عند المحل ، ففي الرهن قولان مرتبان على القولين فيه إذا تعرض الراهن لذكر القطع عند المحل ، إما بأن يشترط قطعه أو يشترط بيعه بشرط القطع ، والصورة المبهمة الأخيرة أولىٰ بالفساد ، والفرق لائح . وقد قطع **شيخي** بصحة رهن ما لم يبدُ الصلاَّح فيه بالدين الحالّ ، ولا وجه عندي إلا ما ذكر ؛ فإنه إذا جاز رهن ما يفسد من ساعته بالدين الحالّ ، فما المانع من تصحيح الرهن فيما لم يبد الصَّلاح فيه ؟ والذي ينقدح لمن يخرج القولين تعارض **أصلين** : **أحدهما** ـ أن ما يفسد يباع ويوضع رهناً . **والأصل الثاني** ـ أن العادة مطردةٌ بتبقية الثمار .

ي ٢٠٧

وقطع **صاحب التقريب** قوله بإبطال الرهن بالدين المؤجل إذا لم يقع تعرضٌ لذكر القطع عند المحل .

هـٰذا بيان الطرق .

٣٧٦١ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا كان الصَّلاح لا يبدو إلا بعد الأجل .

٣٧٦٢ـ فأما إذا كانت الثمار حيث يبدو صلاحها قبل الحلول ، فقد قال **الشيخ أبو علي** بدوّ الصلاح عند المحل كشرط القطع عند المحل إذا كان الصلاح لا يبدو ، فتنزل هـٰذه المسألة في ترتيب المذهب منزلة ذكر القطع عند المحل ؛ فإن سقوط شرط القطع بالصلاح عند المحل كذكر شرط القطع قبل الصلاح .

هـٰذا كله في رهن الثمار على الأشجار دون الأشجار .

٣٧٦٣ـ فأما إذا رهن الثمار مع الأشجار ، فالقول الوجيز فيها أن ما يتعلق بشرط القطع ، فهو ساقط في هـٰذه الصورة ، اعتباراً بالبيع في مثلها . وإن كانت الثمار بحيث تفسد في حَبسها قبل حلول الأجل ، فيتصل هـٰذا برهن ما يتسارع إليه الفساد [بدين مؤجل ، وتفصيله بيّن ، فحيث يقتضي المذهب تصحيح الرهن في الثمار ، لم نشك في تصحيحه في الأشجار ، وحيث يقتضي المذهب فسادَ الرهن في الثمار ، ففي فساد الرهن في الأشجار قولا تفريق الصفقة .

هـٰذا عقد المذهب .

وألحق بعض أئمتنا رهن الثمار قبل بدوّ الصلاح برهن ما يتسارع إليه الفساد][1] وإن كان توقّع الفساد لا يأتيها إلا من الجوائح ، فعلىٰ هـٰذا إن قطعنا ببيع الأشجار وعليها الثمار ، ففي رهن الأشجار وعليها الثمار كلام ، ففي الثمار تفصيلها وفي الأشجار تفريق الصفقة . والسبب فيه أن الأشجار أصلٌ في حق المشتري ، وليست أصلا في حق المرتهن ؛ فإنها تباع في حقه بيع الثمار .

فَصْلٌ

قال : « وإن كان من الثمر شيء يخرج ، فرهنه . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٧٦٤ـ المقصود ذكر الثمار المتلاحقة ، وقد مضى التفصيل في تلاحقها قبل القبض في البيع ، وذكرنا القولين في أن المبيع إذا اختلط بغير المبيع قبل القبض علىٰ وجه يتعذر التمييز ، فهل ينفسخ البيع أم لا ؟ فلو فرض هـٰذا الاختلاطُ في الرهن بعد القبض ، فالتفصيل في الرهن المقبوض كالتفصيل في البيع قبل القبض ؛ وذلك أن المرتهن إنما يتوثق إذا قبض ، فهو والرهن في يده كالبائع والمبيع محبوسٌ عنده . وقد ذكرنا أنّ الاختلاط في البيع بعد القبض لا يؤثر في فسخ العقد وانفساخه على المذهب

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٢) ر . المختصر : ٢/٢١٧ .

الأصح ؛ فإن العلائق في هـٰذه الصور تنقطع في البيع بانتقال الضمان إلى المشتري وهـٰذا في الرهن لا يتحقق .

ثم إذا قلنا : ينفسخ الرهن بالاختلاط بعد القبض ، فلا كلام . وإن قلنا لا ينفسخ ، فلو فرض الاختلاط [قبل][١] القبض في الرهن ، فالمذهب الانفساخ لا وجه غيره .

وأبدىٰ بعض الأصحاب[٢] وجهاً أنه لا ينفسخ ، كما لو كان الرهن عصيراً ، [فاستحال][٣] خمراً . وقد ذكرنا في ذلك وأمثالِه خلافاً . وهـٰذا ليس بشيء ؛ فإن الخمر يتوقع انقلابها خلاً ، والمختلط لا يتوقع تميزه .

هـٰذا منتهى القول في ذلك .

ش ٢٠٧ **٣٧٦٥ـ** ثم ذكر **الشيخ أبو علي** بعد الفراغ/ من الثمار رهنَ الزرع وهو بقل . ونحن نقول فيه : إن كان البقل متزايداً ، وكان يُخْلِفُ على الركيب[٤] إذا جُزَّ ، فرهنهُ كرهن ما يختلط ، وقد ذكرناه وإن فرض رهنه بمؤجل من غير شرط القطع ، [فالرهن باطل قطعا ؛ فإن المرهون يختلط بغير المرهون لا محالة ، وإن شرط][٥] القطع ، فالرهن صحيحٌ . ثم يقع بعد القبض في تفصيل ما يفسد ، فإن البقل بعد الجزّ يفسد على القرب ، وقد تفصل المذهب .

وإن رهن بدين حالٍّ ، ففي صحة الرهن قولان كما ذكرناه في الثمرة قبل الصلاح . هـٰذا والركيب يخلُف بعد الجزّ ، فأما إذا جرى العقدُ علىٰ زرع هو بقل ، والركيب لا يُخْلِف ، فقد اختلف أصحابنا فيما يزداد إلى الإدراك ، فمنهم من جعله كما لا يزداد من البقل المخلف . وهـٰذا اختيار **الشيخ أبي علي** ، ومن أصحابنا من قال : لا حكم لهـٰذه الزيادة ، كما لا حُكم لكبر الثمرة . وهـٰذا فقيه عندي .

---

(١) في الأصل : في .
(٢) عبارة الأصل : الأصحاب فذكر وجهاً .
(٣) في الأصل : واستحال .
(٤) كذا في النسختين . ولم أجدها في المعاجم العربية ، وستتكرر في هـٰذه المسائل ، ومن السياق يظهر أن معناها أصول جذور البقل بعد الجز .
(٥) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

وحقيقة المذهب فيه تتعلق بأن من ابتاع زرعاً لا يُخْلِفُ ركيبه ، فهل يملك أصل الزرع المكتتم بالأرض ؟ وفيه تردد . فإن قلنا : إنه يملك ، فما يزداد على ملكه ، وهو حقاً ككبر الثمرة ، وإن قلنا : لا يملك مشتري الزرع الركيب المستتر ، فيظهر إذن إلحاق الزيادة بما يزداد من البقل الذي يُجَزّ فيُخْلِف .

عدنا إلى الكلام في الرهن . وقلنا : الزيادات التي تكون كالبقول ليست محتملة ، فإن ألحقنا زيادة الزرع بها ، فالتفصيل كما مضى من اختلاط المرهون بغير المرهون . وإن لم نبال بهذه الزيادة ، بقي النظر في تعرض الزرع وهو بقل للآفات ، والكلام في شرط القطع . وقد مضى ذلك على ما ينبغي .

٣٧٦٦ـ ثم قال الشافعي : « وإذا رهنه ثمرة[1] ، فعلى الراهن سقيها . . . إلى آخره » .

هذا تعرض منه للكلام في المؤن ، وقد استَقْناه فيما تقدم ، وأشرنا إلى اختلاف الطرق في ذلك ؛ فلا نعيده .

* * *

(١) في النسختين : (أرضا) والمثبت من المختصر : ٢/ ٢١٨ .

باب
ما يُفسدُ الرَّهن مِنَ الشرْطِ

قال الشافعي : « إذا اشترط المرتهن من منافع الرهن شيئاً . . . إلىٰ آخره »(١) .

٣٧٦٧ـ الشروط في الرهن تنقسم : فمنها ما يوافق موضوع العقد ويتضمن تصريحاً بما يقتضيه مطلق العقد ، فما كان كذلك لم يكن شرطاً على الحقيقة ، وإنما هو تكرير معنى العقد ، وهو بمثابة قول الراهن رهنتك هـٰذا علىٰ أن تتوثق به ، أو علىٰ أن يباع في دينك عند الحاجة إلى البيع ، أو تَقَدَّم(٢) به عند ازدحام الغرماء ، فلا أثر لذكر أمثال هـٰذا . والذي يذكر فيه أن من سماه شرطاً مجازفٌ متجوّز ؛ فإنَّ الشرط هو الذي يزيد علىٰ مقتضى العقد .

وأمَّا الشرط الذي لا يتضمنه إطلاق العقد ، فإنه ينقسم قسمين : **أحدهما ـ** ما يقدح في مقصود الرهن ، فلا شك أن الشرط يفسد ، ويفسد الرهن بفساده ، قولاً واحداً . وهو مثل أن يقول الراهن : رهنتك هـٰذا علىٰ أن لا تَقَدَّم به في مزدحم الديون ، أو علىٰ أن لا يباع في حقّك ، فهـٰذا الشرط في الرهن بمثابة قول البائع : بعتك هـٰذا علىٰ أن لا تملكه . هـٰذا قسم .

والثاني ـ ما لا يتعرض لإبطال حق المرتهن من مقصود الرهن ولـٰكنه فاسد في نفسه ، وقد يتضمن اشتراط مزيدٍ للمرتهن . وتصوير ذلك أن يقول الراهن رهنتك هـٰذا على/ أن منافعه لك ، أو رهنتك البستان ، أو هـٰذا القطيع ، علىٰ أن الثمار والنتاج ملكُك . أما الشرط ، فلا شك في فساده ، وفي فساد الرهن به **قولان** : **أحدهما ـ** أنه يفسد ؛ فإنه اشتمل علىٰ شرط فاسدٍ يتعلق بأغراض الناس ، وأصحاب الرهون في

ي ٢٠٨

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢١٨ .
(٢) تقدم : بحذف تاء المضارعة .

العرف الغالب يطلبون الرهون لمنافعها ، فالشرط إذاً علىٰ فساده متعلق بما هو معدود من مقصود العقد .

والقول الثاني ـ أن الرهن لا يفسد ؛ فإن المقصود فيه للمرتهن ، وحقه لم يتغير بالشرط ، ولم يقع لمقصوده تغرّض ، أما شرط تمليكه الزوائد ، ففاسد مطّرح ، وليست الزيادات المشروطة على الفساد في البيع بهـٰذه المثابة ؛ فإنها إن تضمنت مزيداً في شق من غير تنقيص مقصود العقد في ذلك الشق ، فإنها تتضمن تنقيصاً في الشق الآخر ، والبيع معاوضة يتعلق مقصودها بالطرفين ، ومقصود الرهن لا يتعلق إلا بجانب المرتهن .

هـٰذا بيان القول في ذلك .

ولو قال : رهنتك هـٰذه الشاة علىٰ أن يكون نتاجها رهناً عندك إذا وجدت[١] ، فقد اختلف القول في الشرط هل يصح ؟ حتىٰ يُقضىٰ بأن الرهن يتعدىٰ إلى النتاج بالشرط ، **فأحد القولين** ـ أن الرهن لا يتعدىٰ ، وهو الأصح ؛ فإن العقد لا يقتضي التعدّي إلى النتاج ، والشرطُ تعلّق بنتاج مفقودٍ .

والقول الثاني ـ أن الرهن يتعدىٰ إلى النتاج مع الشرط ؛ فإن الذي حملنا علىٰ قصر الرهن على المحل المذكور ضعفُ الرهن ، وحكمُ اللفظ ؛ فإنه خُص علىٰ ضعفه بمحل ، فاختص به ، فإذا أثبت سارياً إلى النتاج ، ثبت كما أثبت .

وكان **شيخي** يقول : إذا فرعنا علىٰ أن الرهن يتعدىٰ بالشرط إلى النتاج ، ففي تعديه بالشرط إلى الأكسابِ تردد ، والأظهر أنه لا يتعدىٰ إليها ؛ فإنها ليست من أجزاء الأصل ، وإنما يثبت الملك فيها ابتداءً لمالك العبد ، بسبب أن مكتسبها مملوكُه . وكان يلحق العُقرَ[٢] بالأكساب ، ولا يؤثر فيه مذهب **أصحاب أبي حنيفة** .

هـٰذا تفصيل المذهب في فساد الرهن والشرط ، وصحتهما وصحة الرهن وفساد الشرط .

---

(١) كذا : « وُجدت » بتأنيث الفعل ، علىٰ قصد (النتيجة) يقال : نَتَجَ الرجل البهيمة نَتْجاً من باب (ضرب) ، فهو ناتج ، والبهيمة منتوجة ، والولد نتيجة .

(٢) عبارة (ت٢) : « وكان يلحق العقد بالأَكْساب فهو يؤثر فيه مذهب أصحاب أبي حنيفة » .

٣٧٦٨ـ والآن نذكر أحكام الرهن المشروط في البيع على النعوت التي ذكرناها ، فإن فسد الرهن بشرط يؤثر في مقصود الرهن وقد شرط هـٰذا الرهن في بيع ، فهل يفسد البيع بفسادِ ذلك الرهن المشروط ؟ فعلىٰ قولين مشهورين تقدم ذكرهما ، وتوجيههما . ولو جرىٰ ذكر تمليك المرتهن زوائدَ الرهن ، وهـٰذا الرّهنُ علىٰ هـٰذا النعت مشروط في البيع ، فالبيع يفسد قولاً واحداً ، سواء رأينا فساد الرهن أو لم نره ؛ لأن شرط زيادة ملكٍ على الفساد للبائع مقروناً بالثمن يُصيِّر الثمنَ مجهولاً ، ثم يفسد البيع لا محالة به ، وليس كما لو شرط رهن خمرٍ أو مغصوب ، أو شرط في الرهن ما ينقص حق المرتهن ؛ فإن شيئاً من ذلك لا ينضم إلى الثمن ، فلا يصير الثمن مجهولاً . والرهن عقد علىٰ حياله ، فيتجه في قولٍ أن لا يفسد البيع .

وإن قلنا : مثل هـٰذه الزيادة لا يفسد بها الرهن ، فيفسد البيع لما ذكرناهُ من انضمامها إلى الثمن ، ويخرج منه أن البيع إذا فسد يفسد الرهن أيضاً ، لسقوط الدين الذي يُطلب توثيقه . وانتظم منه أن القولين في أن الرهن هل يفسد أم لا ؟ لا يجريان [إلا][1] في رهن غير مشروط في بيع ، إما بأن يفرض رهنٌ مبتدأ في قيمة متلف ، أو يُقدَّرَ رهنٌ في قرض ، أو ثمنُ مبيع بعد لزومهما[2] .

فصل

ش ٢٠٨

قال : « ولو كان له ألف ، فقال زدني ألفاً . . . إلىٰ آخره »[3] .

٣٧٦٩ـ إذا استحق ألفاً علىٰ إنسان ، فقال من عليه الدين : زدني ألفاً ، تقرضنيه ، علىٰ أن أرهنك بالألف القديم ، والألف الجديد رهنا . فإذا جرى القرض مشروطاً بهـٰذا الشرط ، كان القرض فاسداً ؛ والسبب فيه أن القرض الجديد مشروط بالرهن في

---

(١) زيادة من : (ت٢) .

(٢) أي القرض والبيع ، ولم يجر القولان إلا بعد اللزوم ؛ حتىٰ لا تشترط الزيادة للمقرض ، فيكون القرض جرّ نفعاً مشترطاً ، وكذا في البيع ؛ فإنه إذا لزم ، ثم فرض الرهن واشتراط الزيادة ، فلا يكون الثمن مجهولاً حينئذٍ ؛ فقد لزم البيع ، ولا علاقة للزيادة بالثمن .

(٣) ر . المختصر : (٢/ ٢١٨) .

الدين القديم ، وهٰذا قرض جر منفعة ، وقد نهىٰ عنه النبي صلى الله عليه وسلم . وليس ذلك بمثابة ما لو شرط في نفس[١] الإقراض رهناً بذلك القرض بعينه ؛ فإن الرهن في عين القرض لا يعد منفعة ، وقد ذكرنا ذلك في باب القرض مفصلاً ، وإنما ظهر جر المنفعة في هٰذه الصورة من قِبل شرط الرهن في غير القرض الجديد .

ومن دقيق الكلام في هٰذا الفن أن المقرض لو قال : أقرضتك ألفاً ، علىٰ أن ترهنني به وبالألف القديم . فهٰذا على التحقيق شرطٌ فاسد ، مفسد لهٰذا القرض . ولو قال المستقرض : أقرضني ألفاً علىٰ أن أرهنك بالألف القديم ، فجرى الشرط من المستقرض لا من المقرض ، فهٰذا فيه تردد . والظاهر أن الشرط فاسد مفسد ، كما لو صدر من المقرض .

وقال بعض الأصحاب : الشرط المفسد هو ما يصدر من المقرض ؛ فإن اللفظ يُرعَىٰ في جانبه ، والشرط لفظ يتعلق بالشق الذي يعتبر فيه اللفظ . فهٰذا يبتني علىٰ ما تقدم ذكره ، من أنا هل نعتبر لفظ القبول في جانب المستقرض ؟ فإن اعتبرنا في جانبه لفظا كما تمهد في باب القرض ، فالشرط الصادر منه كالشرط الصادر من المقرض .

وإن قلنا : لا يعتبر في جانب المستقرض لفظ ، فالمسألة فيها احتمال ، كما تقدّم ، من قِبَل أن المستقرض إذا تلفّظ ، ابتنىٰ علىٰ لفظه لفظُ المقرض ، ونزل شرط المستقرض منزلة شرط المقرض .

فإذا تبين فساد القرض في الصورة التي ذكرناها ، فإذا سلم[٢] المقرض ألفاً على الفساد إلى المستقرض ، ثم رهن المستقرضُ شيئاً بالألف القديم والألف الجديد ، فنقول : إن كان الألف الجديد موجوداً بعدُ ؛ فالرهن به فاسد ؛ فإنها[٣] أعيان مقرَّة علىٰ ملك المقرض ، والرهن بالأعيان فاسد ، فإذا جمع بين الألف القديم والجديد في الرهن ، وأبطلنا الرهن في الألف الموجود ، فهل يبطل في القديم ؟ فعلىٰ قولي تفريق

---

(١) في (ت٢) : تعيين .
(٢) في (ت٢) : أسلم .
(٣) أي الألف .

الصفقة . وكل صورة جرىٰ فيها تفريق الصفقة في الرهن ، فهي مرتبة علىٰ نظير منها في البيع ، والرهن أولىٰ بالصحة ؛ إذ ليس فيه عوض يصير مجهولاً ، ويفسد العقد بسبب جهالته ، والمعنى المعتمد في إفسادِ الصفقة إذا افترقت جهالةُ العوض ، وهـٰذا مفقود في أصل الرهن .

ثم إذا أفسدنا الرهن في الألف القديم ، فلا كلام . وإن صححنا الرهن فيه ، فقد قال الأئمة : الرهن يتوثق بالألف القديم ، ولا يوزّع الرهن على الألفين المذكورين ، وقد تقدم في تفريق الصفقة في البيع أن الأصح إذا بطل البيع في بعض مضمون العقد أن يسقط قسطُه من الثمن ، وهـٰذا المعنىٰ غير معتبر في الرهن ، والدليل عليه أن الرهن لو صح بالألفين ، ثم أدّىٰ أحدَهما ، فلا ينفك من الرهن شيء أصلاً ، وكان الرهن علىٰ حقيقته في الألف الباقي ، حتىٰ كأنه لم يرهن ذلك الرهن إلا به .

وإذا كان كذلك ، فلا معنىٰ للتقسيط في موضوع الرهن . وهـٰذا بيّن لا خفاء به لمن تأمل .

ولو أقرضه ألفاً على الفساد ، فتلف الألف في يده ، فقد صار ديناً الآن عليه ، فيصح الرهن بالألفين جميعاً ، ولا إشكال .

ي ٢٠٩ ٣٧٧٠- ومما يتعلق بتحقيق الفصل أنه لو شرط الرهن في الألف القديم/ مع القرض (الجديد كما صورناه[١]) ، وحكمنا بفساد الشرط ، وأفسدنا بسبب فساده القرضَ ، فلو رهن بالألف القديم ، فقد قال **القاضي** : إن كان يعتقد أن الرهن به واجب ، وأنه وافٍ بواجب [التزمه بالشرط][٢] ، فالرهن مع هـٰذا الاعتقاد لا يصح . واحتج عليه بأنه اعتقده واجباً ، ولم يكن كما اعتقده . ولو لزم الرهن ، لوقع واجباً ، علىٰ معنىٰ أنه لا دفع له بعد انبرامه بالتسليم . وشبه هـٰذا بما لو أدىٰ ألفاً إلىٰ إنسان علىٰ ظن أنه دين عليه ، ثم تبين أنه لم يكن عليه دين ، فالمؤدىٰ مسترد ، والأداء غير معتد به[٣] .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .
(٢) في (ت٢) : الذمة الشرط ، وفي الأصل : التزمه الشرط .
(٣) ر . فتح العزيز : ١٠/ ٥٣ .

وهـٰذا الذي ذكره غير صحيح .

وقد صرح **شيخي** وغيره بتصحيح الرهن، إذا كان عرياً عند الإنشاء عن شرط يفسده.

٣٧٧١ـ ولو شرط بيعاً في بيع ، وأفسدنا البيع الناجز لمكان الشرط الفاسد ، ثم أنشأ المشروطُ عليه ذلك البيعَ المشروطَ الموعودَ ، علىٰ ظن أنه يجب عليه الوفاء بذلك البيع ، فقياس ما قاله **القاضي** أن البيع على اعتقاد الوجوب فاسد مردود .

وكان **شيخي** يقطع بصحة البيع كيف فرض الاعتقاد ، إذا كان خلياً عند الجريان عما يفسده . وهـٰذا هو الذي لا يسوغ غيره .

وقد يخرّج عليه أنه لو باع شيئاً ظنه خمراً فإذا هو خل ، فقياسه في ذلك قد يغمض . وقياسُ **شيخي** الصّحة .

٣٧٧٢ـ ولو أسلفه ألفاً علىٰ أن يرهن عنده به رهناً ، وشرط المرتهن لنفسه منافع الرهن ، فهـٰذا جر منفعة على الحقيقة ، والقرض يفسد بسببه . وإذا فسد القرض ، فسد الرهن ، لا محالة .

ولو شرط البائع رهناً بالثمن ، وشرط أن تكون منافع الرهن له ، فالرهن يفسد لمزيد المنفعة التي شرطها ، والثمن يصير مجهولا به لا محالة .

وقد حكىٰ **المزني** هـٰذه المسألة وحكىٰ فيها أن البائع بالخيارِ ، ثم أخذ يعترض ويقول : أصل **الشافعي** أن البيع إذا فسد ، فلا معنىٰ للخيار فيه[1] ، وظن أن **الشافعي** يرىٰ أن الشرط الفاسد لو حذف يصح العقد ، وهـٰذا ظن سوء[2] . والجواب المبتوت أن العقد فاسد ، ولا معنىٰ للخيار فيه بعد الحكم بالفساد علىٰ وجهٍ أصلاً . ولـٰكن **المزني** غلط في النقلِ (٣ ثم أخذ يعترض ، وإنما الخلل في النقل ٣) .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢١٨ .
(٢) ر . فتح العزيز : ١٠/ ٤٥ . لتجد أنه يقول : « والأصحاب خطّؤوا المزني في نقله وحسبانه » ونص عبارة المزني في المختصر : « قلت أنا : أصل قول الشافعي أن كل بيع فاسد بشرطٍ وغيره أنه لا يجوز وإن أجيز حتىٰ يبتدأ بما يجوز » (٢/ ٢١٨) .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .

ثم أخل **المزني** بنظم الكلام من وجه آخر ، فصوّر رهنا مشروطاً في بيع ، وقد شرط في الرهن أن يتعدىٰ إلى الزوائد ، وفرّع علىٰ أن ذلك فاسد ، ثم قال : إذا وقع البيع علىٰ هـٰذا الوجه ، فسخ الرهن ، والبائع بالخيار . قال أصحابنا : إنما قال **الشافعي** في هـٰذه المسألة : فُسخ البيع ، أو البائع بالخيار ، فردد قوله في فساد البيع ، ووقع الفسخ عبارة عن الفساد ؛ فذكر **المزني** فيما نقله : فَسْخَ الرهن والبائع بالخيار ، وهـٰذا كلام لا نظم له . وإنما أخل به **المزني** . ثم اختيار **المزني** مهما[1] فسد الرهن المشروط في البيع أن البيع لا يفسد . وهـٰذا غريب من اختياره ؛ فإن القياس فساد البيع إذا فسد الرهن المشروط .

وهـٰذا منتهى الغرض في ذلك .

فَصْلٌ

قال : « ولو دفع إليه حُقاً ، وقال : رهنتكه بما فيه . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٧٧٣ـ مضمون الفصل يتضح **بأربع مسائل** : **إحداها** ـ أن الراهن لو قال : رهنتك ما في هـٰذا الحُق ، أو ما في هـٰذه الخريطة ، فإن كانا عالمين بما فيهما ، وكانا قد رأياه ، فلا شك في صحة الرهن . وإن لم تسبق رؤيةٌ فيهما ، وقع الكلام في رهن مالم/ يُر . فإن جهلا وصف ما فيهما ، مع انتفاء الرؤية ، فقد نرى القطع بفساد الرهن . وذلك مذكور على الاستقصاء في تفريع بيع الغائب ، فلا حاجة إلىٰ إعادته . ش ٢٠٩

٣٧٧٤ـ المسألة الثانية : أن يقول : رهنتك الحُقَّ بما فيه ، أو الخريطةَ بما فيها ، فإن كان ما فيهما معلوماً مرئياً ، صح الرهن في الحق والخريطة . (٤ وإن كان الرهن لا يصح فيهما ـ كما تقدم ـ [فالنظر][3] في الحق والخريطة ٤) .

---

(١) « مهما » بمعنىٰ (إذا) .

(٢) ر . المختصر : ٢/٢١٨ .

(٣) في الأصل : ففي النظر ، والمثبت تقدير منا . حيث جاءت فيما سقط من (ت٢) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .

فإن كانا نفيسين بحيث يجرّد القصد إلىٰ شرائهما [أو][1] رهنهما ، فنقول : فسد الرهن [فيما][2] فيهما ، وفيهما [قولا][3] تفريق الصفقة ، وإن كان الحُقُّ بحيث يُقصد ، ولم تكن الخريطة بحيث تقصد . أما الحق . ففيه قولا تفريق الصفقة . وأما الخريطة ، ففيها طريقان : من أصحابنا من قطع بفساد الرهن فيها ؛ فإنها بالإضافة إلىٰ ما فيها غير مقصود ؛ فإذا لم يصح الرهن في حشوها بسببٍ ، لم يصح في الخريطة أيضاً ؛ فإنها ماقُصدت ، وإنما قصد ما فيها ، فإذا لم يصح العقد علىٰ ما فيها فكأن[4] لا مقصود . وهـٰذا فقيه لطيف ، وهو كثير الجريان في المعاملات . ومعناه تنزيل العقد علىٰ موجب العرف والاعتياد ، من غير اتباع صيغة اللفظِ .

ومن أصحابنا من قال : إذا كانت الخريطة متمولة ، فالرهن إن لم يصح في حشوها ، فيصح فيها ؛ لأن الرهن أضيف إلى الخريطة وما فيها . كما قدمناه في الحُق . وإن لم تكن الخريطة متمولة ، فنقطع بفساد الرهن فيهما لا محالة .

٣٧٧٥ـ المسألة الثالثة : أن يقول : رهنتك الحُق دون ما فيه ، فيصح الرهن فيه دون ما فيه ؛ فإنه خصص عقد الرهن بالحُق ، فلم يتعدّه إلىٰ ما فيه . ولا فرق بين أن يكون الحُق حقيراً أو خطيراً إذا كان له أدنىٰ قيمة ، بحيث يتمول . وقد سبق تفصيل التمول في آخر كتاب البيع ؛ فيصح الرهن كما ذكرناه .

٣٧٧٦ـ ولو أطلق رهنَ الحُق والخريطة ، ولم يتعرض لذكر ما فيهما بنفي ولا إثبات ، وهـٰذه هي : **المسألة الرابعة** : فنقول :

إن كان الظرف بحيث يقصد في نفسه ، فذكْر الظرفِ مطلقاً يقتضي نزولَ الرهن عليه ، دون ما في جوفه . وتعليله بيِّن . وإن كان ذلك الظرف حقيراً لا يقصد في نفسه مفرداً أصلاً ، ولـٰكنه مما يتمول ، فإذا جرىٰ ذكرُ الظرف الذي وصفناه ، ولم يجر

---

(١) في الأصل : ورهنهما .

(٢) ساقطة من الأصل ، والمثبت من (ت٢) .

(٣) سقطت من الأصل .

(٤) في (ت٢) : وكان .

تعرض لما فيه نفياً وإثباتاً ، فلأصحابنا فيه وجهان : **أصحهما** ـ أن الرهن ينزل على الظرف لا غير ؛ فإنه قابل للعقد ، واللفظ لا يشعر في وضعه إلا به ، فأشبه ما لو كان خطيراً .

والوجه الثاني ـ أن العقد نازل على الخريطة بما فيها ؛ فإنها إذا لم تكن مقصودة ، فذكرها في العرف يُعنَىٰ به الخريطةَ لما[1] فيها ، من هـٰذا الوجه ، وهو من باب تنزيل العقد علىٰ موجب العرف ، من غير احتفالٍ بصيغة ، والعقد منزل علىٰ قرينة الحال ، وموجب التفاهم العرفي .

وكل ما ذكرناه في الرهن ، فلا شك أنه لو صوّر في البيع ، لكان الجواب علىٰ نحو ما ذكرنا ، حرفاً حرفاً . فلا إشكال في الفصل . وإنما المقصود منه تصوير ظرفٍ مالٍ ، ولـٰكنه لا يقصد مع كونه مالاً ، إذا كان في جوفه مقصود . وقد فصلنا الغرض في تفصيل المسائل علىٰ ما ينبغي .

* * *

---

(١) في (ت٢) : بما .

بَابُ
الرَّهْن غَير مَضْمُوْنٍ

٣٧٧٧ـ ذكر **الشافعي** قول النبي صلى الله عليه وسلم « **لا يغلَق الرهنُ من صاحبه ، له غنمه ، وعليه غرمه** »(١) واختلفوا في قوله « لا يغلَق الرهن » قيل : معناه لا يملكه المرتهن بدينه ، ولا يتعلق(٢) الملك على الراهن . وقيل/ : معناه لا يغلَق على الراهن الانتفاع به . وقيل : معناه لا يسقط الدين بهلاكه . ٢١٠ ي

وقوله : « الرهن من صاحبه » أي من ضمان صاحبه .

مذهب **الشافعي** أن الرهن أمانة في يد المرتهن ، فإذا تلف في يده أو في يد العدل ، كان أمانة . والدين لا يسقط منه شيءٌ عنده .

وقال **أبو حنيفة**(٣) : هو مضمون بالدين علىٰ تفصيل له معروف .

ولو شرط الراهن كون الرهن مضموناً على المرتهن ، فالشرط فاسد ؛ لأنه مخالف لمضمون الرهن ، ثم يفسد الرهن بفساد الشرط ، ولـٰكنه مع فساده يكون أمانة في يد المرتهن . وهـٰذا أصلٌ مطرد ، فكل ما يكون أمانة في وضعه لو صح لا ينقلب مضموناً ولا يخرج عن كونه أمانةً بأن يفسد .

واستثنىٰ **بعض الأغبياء** مسألة عن هـٰذه القاعدة ، وهي إذا رهن شيئاً عنده بدين مؤجَّل ، وشرط أنه إن لم يفك الرهن في شهر ، فهو مبيع عند المرتهن وراء الشهر(٤) ،

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ١١٩ . والحديث رواه ابن حبان في صحيحه : ٧/ ٥٧٠ ، ح٥٩٠٤ ، والدارقطني : ٣/ ٣٢ ، والحاكم في المستدرك : ٢/ ٥١ ، والبيهقي في السنن الكبرىٰ : ٦/ ٣٩ وانظر التلخيص (٣/ ٨٣ ح١٢٤٣) .

(٢) كذا في النسختين ، ولعلها : ولا يغلق .

(٣) ر . مختصر اختلاف العلماء ٣٠٨/٤ مسألة : ٢٠٢٤ ، رؤوس المسائل : ٣٠٣ مسألة : ١٩١ ، البدائع : ٦/ ١٤٠ .

(٤) في (ت٢) : وراء الشرط .

فهٰذا الشرط فاسد ، ولٰكن إذا مضى الشهر ، فيصير بعد مضي الشهر مضموناً ، فهٰذا رهن انقلب مضموناً ، بحكم شرط فاسد .

وهٰذا يحتاج إلىٰ فضل بيان .

فنقول : إن تلف في يده قبل مضي الشهر ، فلا شكَّ أنه يكون أمانة ؛ فإنه لم يدخل أوانُ البيع بعدُ ، وحكم الأمانة ثابت . فإذا دخل وقتُ البيع المشروط على الفساد ، نظر : فإن كان يمسكه المرتهن علىٰ حكم البيع ، فهو مضمون عليه ، وهو خارج عن حقيقة الرهن ، سواء قُدِّر على الصحة أو على الفساد .

وإن علم أن شرط البيع فاسد ، فكان يُمسكه علىٰ موجَب الرهن ، وقصد ذلك ونواه ، فالمذهب أن الضمان يجب ؛ فإن الرهن فاسداً[١] قُدّرَ أو صحيحاً [ممدودٌ][٢] إلىٰ شهر ، فلا رهن بعد انقضائه ، ولا يد إلا عن جهة البيع الفاسد . وهٰذا ظاهرٌ ، لا إشكال فيه .

وأبعد بعضُ الأصحاب ، فنفى الضمان[٣] إذا لم يقصد المرتهنُ إمساكه وراء الشهر عن جهة البيع ، وقصر الضّمان فيه إذا كان يقصد الإمساك على اعتقاد البيع . وهٰذا رديء لا أصل له ، لما ذكرناه .

ووجه الغلط في الاستثناء أن المرهون وراء الشهر [خارج][٤] عن كونه مرهوناً بحكم اللفظ ، فما[٥] استثنىٰ هٰذا القائلُ مرهوناً إذن ، فكان ما جاء به لغواً .

وقد نجزت مسائل الكتاب . ونحن نرسم الآن فروعاً تجري مجرى الأصول ، وقد يقع فيها مسائل متبدّدة غير منتظمة ، والغرض الإتيان بجميعها .

---

(١) في (ت٢) : فاسد قدراً صحيحاً ممدودٌ .

(٢) في الأصل ممدوداً . وهو وهم من الناسخ . فهي خبر فإن . . . .

(٣) في (ت٢) : فنفى الضمان ذلك إذا لم يقصد .

(٤) في الأصل : خارجاً .

(٥) « فما » : (ما) هنا (نافية) ، والمعنىٰ : أن الذي استثناه هٰذا القائل ليس رهناً ، ولذا وصفه بالغلط حينما قال : إن الرهن غيرُ مضمون إلا في هٰذه الحالة .

فَرْعٌ : ٣٧٧٨ـ قال **العراقيون** المودَع إذا ادعىٰ رد الوديعة ، علىٰ مالكها ، فالقول قوله مع يمينه . ولو استأجر الإنسان شيئاً ، ثم استوفىٰ حقه منه لما قبضه ، فهو أمانة في يده ، ولو ادّعىٰ أنه رده على المالك المكري ، وأنكر المالك ، فالقول قول المالك ، فإنه قبض المستأجر لحق نفسه ، لا لغرض المالك ، ولا يُصدّق في دعوى الرد ، بخلاف المودَع .

قالوا : كذلك إذا ادّعى المرتهن ردّ العين المرهونة على الراهن ، وأنكر الراهن ، فالقول قول الراهن ؛ لما ذكروه من أن المرتهن تثبت يده لغرضه ، فلا يُقبل منه يمينه برد ما قبضه .

ولو ادعى الوكيل الذي كان قبض من موكله عيناً ليبيعها أنه ردها على الموكل ، قالوا : إن كان الوكيل يتصرف من غير جُعلٍ ، فقوله مقبول ، كما يُقبل قولُ المودَع ؛ فإنه لا غرض له في قبضهِ ويدِه .

وإن كان يتصرف بجُعلٍ ، فادّعىٰ ردَّ العين ، ففي المسألة **وجهان** .

وكذلك إذا ادّعى المقارض ردّ شيء من مال القراض على المالك ، ففي قبول قوله **وجهان** : **أحدهما** ـ لا يقبل قوله ؛ لما له في المال الذي كان تحت يده من/ الغرض ، فأشبه المستأجر ، والمرتهن . ٢١٠ ش

والوجه الثاني ـ يقبل قوله ؛ لأنه لا غرض له في العين المقبوضة ، وإنما غرضه في مالٍ قدر له بسبب العين التي في يده ، وحق المستأجر والمرتهن في عين ما قبضه أولا ثم ادعىٰ ردَّه .

هـٰذا ترتيب أئمة **العراق** . وهو حسن بالغ .

وأما **المراوزة** ، فإنهم قطعوا أقوالهم بأن كلَّ مؤتمن لو تلفت العين في يده من غير تقصيره ، لم يلزمه الضّمان ، فإذا ادعىٰ رده علىٰ مالكه المطلق ، فهو مصدق فيه مع يمينه ، ولم يفصلوا بين الوديعة والرهن والإجارة . وهـٰذا قياسٌ مُطَّرد ، وهو [أوقع][1] في طريق المعنىٰ مما ذكره **العراقيون** . وما أشاروا إليه من كون يد المرتهن

---

(١) الأصل : واقع .

والمستأجر عائدة إلىٰ منافعها ، لا معتبر به ؛ إذ لو جاز التعويل عليه ، للزم أن يكون ما ذكروه سبباً في إيجاب الضمان في الأصل على المرتهن والمستأجر لو تلفت العين في أيديهما ، كما يجب الضمان على المستعير والمستأجَر[1] ، فإذا لم يكن كذلك ؛ فلا معوَّل علىٰ ما ذكروه وليت شعري ما قولهم لو ادّعى المرتهن والمستأجر تلف العين في أيديهما ، هل يصدقان عندهم أم لا ؟ والقياس أن ينزل دعوى التَّلف منزلة دعوى الرد في كل تفصيل .

فَرْعٌ : **٣٧٧٩ـ** إذا رهن الغاصب العينَ المغصوبة عند إنسانٍ ، وكان المرتهن يحسَبه مالكاً لتلك العين . فإذا تلفت في يد المرتهن ، وجاء المغصوب منه مطالباً ، قالوا : هل له مطالبة المرتهن أم لا ؟ علىٰ وجهين : **أحدهما ـ** لا يطالبه ؛ فإن يده يدُ أمانةٍ على الجملة ، ولم يوجد من جهته عدوان ؛ فلا وجه لمطالبته .

والوجه الثاني ـ أنه يطالَبُ ؛ لأن العين المغصوبة تلفت في يده ، ولم يوجد من جهة مالكها ائتمان فيها . ثم فرعوا على الوجهين . قالوا : إن قلنا : لا يطالب المرتهن ، فلا كلام . وإن قلنا : إنه مطالبٌ ، فهل يستقر الضمان عليه ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما ـ** يستقر ؛ فإن التلف حصل في يده ، فأشبه ما لو أتلفه بنفسه ، والتلف والإتلاف في الأعيان المغصوبة بمثابة واحدة ، فينبغي أن يصير التلف منتهى الضمان في يد من وجد التلف في يده ، وهـٰذا معنى القرار . ثم من أثر الحكمِ بالقرار أنه إذا غرَّم المالكُ المرتهنَ ، لم[2] يرجع على الغاصب ، فإذا غرَّم الغاصبَ رجع [هو][3] على المرتهن .

وقد طردوا ما ذكروه من الترتيب في يد المستأجر من الغاصب ، ويد المودَع من جهة الغاصب ، وكل ذلك وهم[4] يحسبون أن الغاصب مالك العين[5] .

---

(١) المراد الأجير المشترك ، وتكون المستأجَر (بفتح الجيم) . (وانظر روضة الطالبين : ٤/ ٩٧) .

(٢) في الأصل كما في (ت٢) : ولم . ولا محل للواو فيما قدرنا . والله أعلم .

(٣) مزيدة من (ت٢) .

(٤) الضمير يعود على المستأجر ، والمودَع ، والمرتهن .

(٥) أما إذا علم أن هـٰذا مغصوب ، فاستأجره أو ارتهنه . . . ، فهو ضامن ضمان الغصوب قطعاً .

وطريق **العراقيين** مخالف لطريق **المراوزة** في هـٰذه القاعدة ؛ فإن **المراوزة** يقطعون بتوجيه المطالبة على المرتهن والمستأجر والمودَع من جهة الغاصب علىٰ جهلٍ بحقيقة الحال في هـٰذه المنازل ، ثم يقطعون بأن الضمان مستقر علىٰ هـٰؤلاء أصلاً . هـٰذا بيان الطرق فيما ذكرنا .

فَرْعٌ : **٣٧٨٠ـ** قد ذكرنا صحة رهن المشاع عندنا ، فلو كانت دار مشتركة بين شريكين ، فلو رهن أحدُهما نصيبه شائعاً من بيتٍ معين من الدار المشتركة ، فقد ذكر **العراقيون** وجهين في صحة الرهن : **أصحهما** ـ الصحة ، جرياناً على القاعدة الممهَّدة .

والثاني ـ لا يصح ؛ فإنا لو قدرنا الاستقسام من الشريكِ ، فربما يتفق وقوعُ هـٰذا البيت كلِّه في نصيب الشريك ، الذي لم يرهن ، وهـٰذا يُفضي ـ لو صح ـ إلىٰ بطلان الرهن . وهـٰذه مسألة لطيفة .

ثم لو صححنا الرهن على الأصح ، ففي كيفية إجراء القسمة تردّدٌ ـ إن كنا نرىٰ إجراءها في المرهون ؛ فإنا وإن جوزنا القسمة في المرهون ، فليس/ فيها إبطال حق المرتهن بالكلية ، ولـٰكن يتعين حقه بعد أن كان مشاعاً . ولو أجرينا القسمة في الصورة التي ذكرناها ، فقد يؤدي إلىٰ إخراج البيت بالكلية عن الرّهن ، وفيه إبطال حق المرتهن ، فليتأمل الناظر في القسمة إن وقعت وتضمنت خروج البيت عن ملك الراهن بالكلية ، أيتجه أن يقال : يغرَم الراهن قيمة الشقص المرهون ، ويضعها رهناً عند **المرتهن** ؟ أم كيف السبيل فيه ؟ ٢١١ ي

ووجه التردد أنه لم يأت من قبل الراهن شيء ، ولم يجز[1] الشريكُ المستقسم ، فقد يحتمل أن يجعل هـٰذا بمثابة تلف المرهون في يد المرتهن ، ولـٰكن قد اعتاض عنه الراهن ؛ فإن ملكه إن زال عن قسطه من البيت ، فقد وقع له في القسمة خلوص شيء آخر في قُطرٍ آخر ، فالوجه إذن تغريمه القيمة .

---

(١) كذا في الأصل ، مع أن النقط فيها أندر من النادر ، وفي (ت٢) بهـٰذا الرسم أيضاً وبدون نقط مع أنها تلتزم النقط دائماً . ولعلها : « لم يَجُر » من الجور ، أو « لم يَجْنِ » ، فالمعنى المفهوم من السياق : « أن خروج الرهن من يد المرتهن لم يأتِ بفعلٍ من الراهن ، ولا بجناية من الشريك المستقسم ، فأشبه ما لو كان بآفة سماوية » .

فَرْعٌ : ٣٧٨١ـ إذا اشترىٰ رجل عبداً بألف ، فجاء إنسان وتبرع بأداء الدين ، وكان ما أداه من جنس الثمن ، فيصح ، وتبرأ ذمة المشتري ، ولا يرجع المتبرِّع عليه بما أداه ، وإن أبرأ ذمته ؛ فإنه لم يؤدِّ بإذنه ، فلو خرج المبيع مستحقاً ، وبان بطلان العقد ، فالبائع يرد ما قبض على المتبرع ، ولا يرده على المشتري ؛ فإن المتبرع إنما أداه ثمناً ، فإذا لم يكن[1] ، ردَّ عليه ما سلمه إليه .

ولو استمر العقد على الصحة ، ولـٰكن وجد المشتري بالمبيع عيباً ، فرده على البائع ، فالبائع يرد ثمنه . واختلف أئمتنا : فمنهم من قال : يرده على المشتري ؛ فإن البيع لم يتبين بطلانُه ، وبقي الثمن علىٰ حقيقته ، فلا سبيل للمتبرع إلى الرجوع فيما تبرع به . وليس ذلك كصور الاستحقاق .

ومن أصحابنا من قال : يرد الثمن على المتبرع ؛ فإنه ما جرىٰ بينه وبين المشتري ما يتضمن تمليك المشتري من طريق التضمين . وإنما طلب المتبرع أن يبرىء ذمة المشتري من غير تقدير تمليك له ، حتىٰ يقال دخل المؤدَّىٰ في ملك المشتري في ألطف زمان ، ثم انتقل من ملكه ، ودخل ملك البائع ، فإذا لم يكن [ذلك][2] ممكناً ، فالرجوع إلى المشتري بعيد مع أنه لم يخرج من ملكه شيء ، وإنما يعود إلى الملك ما يخرج منه .

ولو جاء المتبرع وأدّىٰ إلى البائع عَرْضاً عوضاً عن الثمن الذي في ذمة المشتري ، فالمذهب أن ذلك جائز ، كما لو تبرع بأداء جنس الثمن .

ومن أصحابنا من منع ذلك من المتبرع ؛ فإن بذلَ العوض يستدعي دخول المعوَّض في ملك باذل العوض ، وهـٰذا غير متصور في حق المتبرع .

والأصح الوجه الأول ، لما ذكرناه من نزول تبرع المتبرع منزلة الفداء ، وذلك يجري في الجنس وغير الجنس .

---

(١) أي إذا لم يكن ما تبرع به ثمناً .
(٢) مزيدة من (ت٢) .

ولو نكح الرجل امرأة وأصدقها شيئاً ، فتبرع أجنبي وأدّىٰ ذلك الصدّاقَ عن الزوج من غير إذنه ، ثم الزوج طلقها قبل المسيس ، فنصف ما أدّاه المتبرع يرجع إلى الزوج أم يرجع إلى المتبرع ، **فعلى الوجهين** ؟ المذكورين في صورة الرد بالعيب .

فَرْعٌ : **٣٧٨٢ـ** إذا استحفظ الرهنَ عدلان ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالحفظ ؟ **فعلىٰ وجهين** ذكرهما **القاضي** وغيره : **أحدهما** ـ أنه لا ينفرد ؛ لأن ظاهر التفويض إلىٰ شخصين يقتضي أن يشتركا فيه ، ويجمعا نظريهما ، كما نقول في الوصيين .

والثاني ـ يجوز لكل واحد أن ينفرد بالحفظ ؛ فإن الاشتراك في عينٍ بحُكم العرف يقتضي تسليط كل واحدٍ على الحفظ . وقد ذكرت هٰذا فيما تقدم . ولٰكن رددت احتمالات ، فقد وجدناها منصوصة للأئمة .

فإن كان الشيء مما ينقسم ، وقد جوزنا الانفراد بالحفظ ، فهل يجوز أن يقسم بينهما حتىٰ ينفرد كل واحد بحفظ حصته ؟/ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أن ذلك جائز ، كما يجوز على الوجه الذي نفرع عليه أن ينفرد كل واحد بحفظ الكل ، إذا لم تكن منازعة . ٢١١ ش

والثاني ـ لا تجوز القسمة ؛ فإن الانفراد قد تلقيناه من العرف ، أما القسمة ، فليس يشعر بها العرف ، ولا يتضمنها الإذن .

فَرْعٌ : **٣٧٨٣ـ** إذا رهن رجل من رجل شيئاً ، ثم سلمه إليه ، وقال : قصدت بالتسليم إليك إيداعه عندك ولم أقصد إتمام الرهن وإلزامه بالقبض ، فهل يصدق الراهن ؟ **فعلىٰ وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يصدق ؛ فإنه المسلِّم وإليه القصد والنية . ولا خلاف أنه لو قال عند التسليم : خذه وديعة ، ولست أقصد إلزام الرهن ، فإنه يقع وديعة ، والرهن علىٰ جوازه ، وكذلك إذا نوىٰ وقصد .

والوجه الثاني ـ أن القول قول المرتهن ؛ فإن الغالب في العرف أن من رهن ، فإنه لا يسلِّم المرهون إلا من جهة الرهن ، وإن هو لم يرد ذلك ، فالغالب أنه يودع المرهونَ عند غير المرتهن ، فصدقنا المرتهن لظاهر الحال . وللفرع التفاتٌ علىٰ أن اليد هل تدل على الرهن ؟

فَرْعٌ : ٣٧٨٤ـ قد ذكرنا أن يد العدل تنوب عن يد الراهن من وجه ، وعن يد المرتهن من وجهٍ ، وليس للمرتهن أن يأخذ الرهن من يد العدل ، فلو أنه اغتصبه وأخذه من يده ، فقد صار متعدياً ، ضامناً بما جرىٰ منه ، فلو جاء ورده إلى العدل ، فالذي ذهب إليه جماهيرُ الأصحاب أن المرتهن يبرأ بما فعل عن ضمان الغصب ؛ لأن يد العدل يدُ المالك ؛ فإذا رد ما أخذه إلىٰ نائب المالك ، حكمنا ببراءته عن الضمان .

ومن أصحابنا من قال : لا يبرأ عن الضمان ما لم يرد المأخوذ إلى المالك . ثم[1] يأذن للعدل إذناً جديداً في قبض الرهن من المرتهن ؛ وذلك أن يد العدل قد [زالت][2] بطارىء العدوان ، فإعادة اليد أمر جديد ، فلا بد فيه من إذن جديدٍ ، والأصح الأول .

وإن قلنا بالثاني ، فليس للعدل أن يقبضه منه إذا جاء به ؛ فإنا نزعم أن التعديل الأول قد انقطع وزال ، فلا بد من تجديد .

وما ذكرناه في العدل ، فلا شكّ في جريانه في المودَع ، وسيأتي شرح ذلك ، وتفصيلُ القول في أنَّ المودَع هل يخاصِم من غصب الوديعة حتىٰ يستردها ـ في كتاب الوديعة ، إن شاء الله عز وجل .

فَرْعٌ : ٣٧٨٥ـ إذا رهن عند إنسانٍ أرضاً ، وشرط للمرتهن أن يغرسها لنفسه بعد مضي شهر ، فيدُه قبل انقضاء تلك المدة يد أمانةٍ ، وإذا انقضت المدة ، وأخذ في الانتفاع ، صارت يده يدَ عاريةٍ ؛ من جهة أنه منتفع بالإذن ، من غير استحقاقٍ . وهـٰذا معنى المستعير . فلو أنه غرس قبل المدة المضروبة ، فقد تعدىٰ موجَب الإذن ؛ وغراسه لهـٰذا السَّبب مقلوع ، ولو أنه غرس في أوان الإذن في الغراس ، فهو مستعير غارس ، فلا يُقلع غراسه مجاناً ، كما سيأتي ذلك مشروحاً في كتاب العارية .

ولو قال الراهن : رهنتك الأرضَ فإذا مضىٰ شهرٌ ، فهي مبيعة منك . فإذا انقضى الشهر ، فغرسه ، فلا شك أن الأرض ليست[3] مبيعةً منه ، فإذا غرسها نُظر/ : فإن كان ي ٢١٢

---

(١) في (ت٢) : أو ما لم يأذن للعدل إذناً جديداً .

(٢) في الأصل : تزال ، و(ت٢) : زال . والمثبت تصرّفٌ من المحقق .

(٣) في (ت٢) : غير مبيعة .

يعتقد أنها مبيعة ، وأن غرسه واقع في ملكه ، فقد نقل أئمة المذهب عن **الشافعي** في هـٰذه الصورة أنه قال : « هو في غراسه كالمستعير إذا غرس علىٰ وفق الإذن ، فإنا لا نقلع غراسه مجاناً » . وهـٰذا حسن منقاس لا شكّ ؛ فإن ما جرىٰ [من][1] صورة البيع ، لا ينحط عن الإذن في الغراس .

فأمّا إذا كان عالماً بفساد البيع ، وأقدم على الغراس ، مع العلم بحقيقة الحال ، فقد نُقل عن **الشافعي** أنه قال : « غراسه مقلوع » .

فإن قيل : إن لم يصح البيع ، فهلا قيل : ما صدر من الراهن إذنٌ في الغراس ؟ قلنا : لم يتعرض الراهن لتفصيل التصرفات ، وإنما ذكر بيعاً ، فإن صح ، حكم به ، وإن فسد وجرىٰ غرس علىٰ جهل ، يعذر الغارس ، وكان كالمستعير . وَإن غرس عن علم ، فلا عذر .

وهـٰذا علىٰ حاله غير خالٍ عن ضرب من الاحتمال .

فَرْعٌ : ٣٧٨٦ـ من مات وخلف تركة والديون علىٰ قدرها ، أو أكثر ، أو أقل ، فالذي أطلقه علماء الشريعة أن الديون تتعلق بأعيان التركة ، وتصير التركة موثقة بها . ثم ذكر **العراقيون قولين** في أن تصرف الوارث هل ينفذ في التركة قبل أداء الدين : **أحدهما** ـ أنه لا ينفذ ، وهو ظاهر ما اختاره **المراوزة** .

والقول الثاني ـ إنّ تصرفه نافذ ، ونزلوا تعلق الدين بالتركة منزلة تعلق الأرش برقبة العبد الجاني ، وقد مضىٰ في بيع الجاني قولان ، والتفريع عليهما في كتاب البيع ، وإنما شبهوا هـٰذا بتعلق الأرش ؛ من قِبل أن الأرش يتعلق برقبة الجاني من غير قصدٍ من المالك ، كذلك الدين يتعلق بالتركة من غير إيثار واختيارٍ من المتوفَّىٰ ومن الورثة .

وهـٰذا الذي ذكروه تشبيه حسن من طريق الظاهر .

ولـٰكن الذي يقتضيه الأصل عندي أن تعلق الدين بالتركة يضاهي طريق تعلق الرهون ، والدليل عليه أن هـٰذا مما حكم الشارع به نظراً للمتوفَّىٰ ، ولأجل تحقيق ذلك الحكم بحلول الآجال ، مع ما فيها من التفاوت في المالية . فإذا كان سبب تعلق الديون

---

(١) في الأصل : في .

بالتركة ما وصفناه ، فلا يليق بهـٰذه المصلحة تسليطُ الوارث على التصرف ، وليس كالأرش ؛ فإنه أمر جزئي في حالٍ نادر ، والديون في التركات عامة الكَوْن والوقوع .

ثم فرع **العراقيون** ، وقالوا : إن رددنا بيع الوارث ، فلا كلام . وإن نفذناه ، نظر : فإن أدّى الدينَ من ماله ، جرى البيع علىٰ نفاذه ، وإن امتنع ، نقضنا بيعه والتفريع على الجملة يقع علىٰ حسب تفريع بيع السيد للعبد الجاني . فإن قلنا : لا ينفذ بيع الوارث ، لمكان الدين ، لم يفصل بين الدين المستغرق وبين الزائد وبين الناقص .

هـٰذا ظاهر المذهب .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً أن الدين إن كان أقلَّ من التركة ، لم يمتنع به التصرف على الوارث ، وينفذ التصرف إلىٰ أن لا يبقىٰ من التركة إلا كِفَاء الدين . [وسنعود إلىٰ هـٰذا][1] في كتاب التفليس ، إن شاء الله عز وجل علىٰ قياس الديون في الرهون .

٣٧٨٧ـ وإن لم يكن في التركة دين ، وكان البائع باع عبداً واستوفىٰ ثمنه وأتلفه ، ثم مات ، وخلف تركة ، ولم يخلف ديناً ، فتصرف الوارث في التركة بالبيع ، ثم وجد مشتري العبد به عيباً ، فردّه في التركة فيصير الثمن ديناً ، وهل يتبع تصرف الورثة في التركة بالنقض/ ، لمكان الدين المنعكس على التركة ؟ فعلىٰ **وجهين** ذكرهما **العراقيون** ، مفرَّعين علىٰ أن الدين الناجز في التركة يمنع التصرف : **أحدهما** ـ أنا نتبين فساد تصرفه في الأصل ، ونجعل ما لحق من الدين بسبب الرد بمثابة ما يكون موجوداً حالة الإقدام على التصرف ؛ فإنَّ السبب الموجب لذلك كان مقارناً ، كمَا لو كان الدين مقارناً .

ش ٢١٢

ثم إن قلنا : يتبين فساد التصرف ، فلا كلام . وإن قلنا : لا يستند[2] ، والبيع قد انقضىٰ علىٰ نعت اللزوم ، فإن أدّى الوارث الثمن المنعكس على التركة ، فذاك ، وإن لم يؤده ، فهل يفسخ تصرفه ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنا نفسخه ؛ فإنا لو لم نفعل ذلك ، أدىٰ إلىٰ أن لا يجد من رد بالعيب مرجعاً ، ولا سبيل إلىٰ تضييع حقه .

---

(١) في الأصل : وسنعيد هـٰذا .

(٢) أي لا يبطل (بالاستناد) .

والوجه الثاني ـ أنا لا نفسخ [ذلك][(١)] التصرف ؛ فإنه كان انتهىٰ إلىٰ صفة اللزوم ، فلا وجه لمنع لزومه على الوجه الذي نفرع عليه ، ولو كنا نُسند الأمر إلىٰ ما سبق ، لأسندنا تبيّن الفساد إلى التصرّف ، فعلىٰ هـٰذا إذاً لا وجه إلا مطالبةُ المتصرف في التركة ، كما يطالب بدينه المختص به . ورُبَّ دينٍ يلزم إنساناً ، وإن لم يكن ملتزمَه في الابتداء ، كما يلزم الضامن بسبب الضمان .

٣٧٨٨ـ ولو خلف تركة ولا دين ، فاقتسم التركة الورثةُ وتصرفوا فيها ، ثم تردَّىٰ متردٍّ في بئر كان احتفرها المتوفَّىٰ في محل عدوان ، فاقتضى الحالُ انعكاسَ الضمان على التركة ، فهل يُتبع ما تقدم من التصرفات بالنقض ؟ في المسألة وجهان مرتبان على التي نجزت الآن . وهـٰذه الأخيرة أولىٰ بأن لا تنقض التصرفات فيها إسناداً ؛ فإن من مات وكان باع عبداً ، فعهدة العقد قائم ، فكأنه ترك على الورثة ذلك العبدَ بعهدته ، ولا شك أن هـٰذا أقرب من فرض تردِّي بهيمة في بئر بعد سنين ، ثم التفريع في هـٰذه المسألة علىٰ حسب التفريع في مسألة الرد بالعيب . والله أعلم بالصواب . [وإليه المرجع والمآب . انتهىٰ كتاب الرهن][(٢)] .

* * *

(١) مزيدة من (ت٢) .
(٢) زيادة من (ت٢) .



كتاب التفليس

٣٧٨٩ـ التفليس والإفلاس في أصل اللسان ، يعبر بهما عن الانتهاء إلىٰ غاية الضُّر في المسكنة . وقول القائل : أفلس فلان ، معناه انتهىٰ بضرورته إلىٰ فلوسه ، ولم يبق له مال يُرمق . وقول القائل : أفلس ، معناه وصل إلى الفلوس . وهو علىٰ مذهب العرب ، إذا قالت : أسهل زيدٌ ، وأحزن عمرو ، إذا انتهيا إلى السهل والحَزْن. والتفليس اكتساب المفلس نعتَ إفلاسه .

٣٧٩٠ـ والذي نصدِّر به الكتابَ أن من قلّ مالهُ، وكثرت ديونه ، فللقاضي أن يحجر عليه ، لأجل غرمائه إذا استدعَوْا ذلك منه ، ويستفيدون باستدعاء الحجر قصرَ يده عن التصرفات في ماله ؛ حتىٰ تُصرفَ أموالُه إلىٰ جهات ديونه ، والأصل في جواز ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم : « **أنه حجر علىٰ معاذ بن جبل رضي الله عنه ، وباع عليه ماله في ديونه** »[(١)] ، وعن عمر بن الخطاب أنه قال في أثناء الخطبة : « **ألا إن الأُسَيْفعَ، أُسيفِع جهينة، رضي من دِينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاجَّ، فادّان معرضاً[(٢)]، فأصبح وقد [رين][(٣)] به ، وإنّا بائعو ماله غداً ، فمن كان له عليه حق فليحضر** »[(٤)] .

---

(١) حديث الحجر علىٰ معاذ : قال في البدر المنير : « هـٰذا الحديث صحيح » وأخرجه الدارقطني : ٤/ ٢٣٠ ، والحاكم : ٢/ ٥٨ـ ٣/ ٢٧٣ ، والبيهقي : ٦/ ٤٨ ، ورواه أبو داود في المراسيل ، وانظر التلخيص : ٣/ ٨٦ ح ١٢٤٤ .

(٢) مُعرضاً : أي متوسعاً في الدين ، من أعرض في الشيء إذا توسع فيه .

(٣) في الأصل : دين . ورين به (بالراء) : وقع فيما لا طاقة له به ، ولا يستطيع الخروج منه (معجم) .

(٤) حديث عمر في أُسيفع جهينة رواه مالك في الموطأ بسند منقطع: ٢/ ٧٧٠ الوصية ، ووصله الدارقطني في العلل : ٢/ ١٤٧ ، وانظر التلخيص : ٣/ ٩١ ح ١٢٥٠ .

ثم إذا زادت ديون المرء علىٰ ماله ، واستدعى الغرماءُ الحجرَ عليه أسعفهم ، وضرب عليه حجراً .

ي ٢١٣

٣٧٩١ـ فإن كانت ديونه علىٰ مقدار ماله من غير زيادة ولا نقصان/ ، فهل يحجر عليه إذا استدعىٰ [الغرماء][1] الحجرَ ؟ فعلىٰ **وجهين مشهورين** : **أحدهما ـ** لا يحجر عليه ؛ فإن ماله كفاءٌ لديونه ، وفيه وفاءٌ بجملتها ، وإنما فائدة الحجر تضارب الغرماء بحصصهم ، ورجوع كلٍّ إلىٰ ما يقتضيه بسبب حقه .

والوجه الثاني ـ أنه يحجر إذا استدعَوْا ؛ فإن الديون إذا ساوت ، فما أسرع ما تزيد ، ولو لم يبتدر القاضي الحجْرَ ، لجرَّ تركُ الحجر ضرراً على الغرماء ، وهـٰذا الوجه مختار عند الأئمة ؛ فإنا إذا كنا نسعىٰ في إيصال الغرماء إلىٰ حصصٍ من ديونهم عند ضيق المال ، فلنسْع في إيصالهم إلىٰ كمال حقوقهم عند مساواة الديون المالَ .

٣٧٩٢ـ ولو كانت الديون أقل من مقدار المال واستدعى الغرماءُ الحجرَ عليه ، فقد ذكر أصحابنا في إسعافهم وجهين مرتبين على الوجهين في مساواة الديون المال ، والصورة الأخيرة أولىٰ بأن لا يجابوا إلىٰ ملتمسهم .

وأطلق الأئمة ذكرَ الخلاف في الديون القليلة ، فلا بد من تفصيل ذلك ؛ فإنا علىٰ قطعٍ نعلم أن من يرجع إلىٰ ثروة طائلة ؛ ونعمة ضخمة ، وعليه دين قليل بالإضافة إلىٰ يساره ، فتجويز الحجر علىٰ من هـٰذا وصفه محالٌ ، وقائله في حكم الخارق للإجماع ، فالوجه في تقرير القول في ذلك ما ذكره **صاحب التقريب** ، حيث قال : إذا انحط قدر الدين عن قدر المال ، ولـٰكنا كنا نرى الديون إلى ازدياد ، والدّخل[2] إلى انحطاط ، وظهر في ظننا إفضاءُ الأمر علىٰ قُربٍ إلى المساواة ، ثم منها إلى الزيادة ، فإذا كان كذلك ، اتجه الخلاف في ضرب الحجر .

والأمر علىٰ ما ذكره ، فلا يسوغ تخيلُ غيره .

٣٧٩٣ـ ثم ذكر أئمتنا في الدين القليل في التركة خلافاً أيضاً ، في أنَّ الوارث هل

---

(١) في الأصل : الورثة .

(٢) (ت٢) : والرحل .

يمتنع عليه التصرف في التركة بسبب الدين القليل ؟ وقد قدمنا ذكرَ هـٰذا في آخر كتاب الرهن . والنظر في هـٰذا إذا كان الدين قليلاً علىٰ خلاف ما ذكرناه في حالة الحياة ؛ فإن التركة متعلقة بالديون ، كالرهون التي يتوثق الدين بها ، وكرقاب الجناة . [و][1] علىٰ أي وجه فرضنا الأمر ، فلا فرق بين القليل والكثير . والحجر في حالة الحياة ابتداءُ امرٍ لدرء الضرار عن الغرماء ، وليست أموال من عليه الديون متعلقة للديون قبل اطراد الحجر .

٣٧٩٤ـ ثم قال العلماء : لا يضرب القاضي الحجر إلا إذا استدعى الغرماء ، فإن استدعىٰ كلُّهم ، أجيبوا على التفصيل المقدّم وإن استدعىٰ بعضُهم ، نُظر : فإن كان دين المستدعي بحيث يجوز الحجر بمثله لو لم يكن معه دين آخر ، فإنه يجاب ، ثم لا يختص الحجر به ، بل يصير محجوراً عليه في حقوق الغرماء كافة .

ولو لم يوجد من الغرماء كلِّهم الاستدعاء ، واستدعىٰ مَن دينُه يقل عن مبلغ المال ، والتفريع علىٰ أن الدين القليل لا يحجرُ القاضي به ، فهل يحجر إذا استدعىٰ بعضُ الغرماء ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه يحجُر ، وهو اختيار **شيخنا أبي محمد** . ومن أصحابنا من قال : لا يحجرُ ما لم يبلغ ديونُ المستدعين مبلغاً يجوز الحجر بمثله لو لم يكن مزيد . ووجهه بيِّن .

ولو لم يستدعِ الغرماء الحجرَ أصلا ، فليس للقاضي أن يحجُر على المديون ابتداءً ، نظراً منه إلىٰ طلب المصلحة الكلّية . هـٰذا لا خلاف فيه .

٣٧٩٥ـ ولو ارتفع بنفسه إلىٰ مجلس القضاء واستدعىٰ منه أن يحجُر عليه ، ويفض[2] أمواله علىٰ غرمائه ، فهل يجيبه أم لا ؟ اختلف أصحابنا في المسألة : فذهب الأكثرون إلىٰ أنه يجيبه . وقال آخرون : لا يجيبه مالم يستدع الحجر غريمٌ ، أو غرماء .

وقد قال العلماء : ما كان حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ **معاذ بن جبل**

---

(١) مزيدة من (ت٢) .

(٢) يفض : يقسم .

ش ٢١٣ من جهة استدعاء غرمائه ، والأشبه/ أن ذلك جرىٰ باستدعائه[(١)] .

٣٧٩٦ـ ثم إن **الشافعي** ذكر بعد تمهيد القول في الحجر : أن البائع يرجع بعين المبيع إذا أفلس المشتري بالثمن ، واطَّرد الحجر عليه ، والقول في هٰذه المسألة وأطرافِها معظمُ الكلام في التفليس .

٣٧٩٧ـ فنقول : من باع عيناً وسلمها وأفلس المشتري ، فحجر القاضي عليه ، فللبائع أن يرجع [بعين][(٢)] المبيع ، ويفسخ البيع ؛ حتىٰ لا يحتاج إلىٰ مضاربة الغرماء ، و[محاصصتهم][(٣)] بالثمن والأصل في ذلك الحديثُ ، وهو ما روي عن أبي هريرة أنه رأىٰ رجلا قد أفلس ، فقال : « **هٰذا الذي قضىٰ فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيمّا رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه ، إذا وجده بعينه** »[(٤)] وقوله : « هٰذا الذي » ظاهر معناه أنه لم يُرد أن النبي صلى الله عليه وسلم قضىٰ علىٰ ذلك الشخص المعيّن ، وإنما أراد بتعيينه التعرض لقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في صنفٍ من عينه .

و**أبو حنيفة**[(٥)] خالف في المسألة ، ومنع فسخ البيع بعد تسليم المبيع .

ثم أجرى الفقهاء في الخلاف طرفاً من المعنىٰ ، ووجَّه الخصوم عليها أسئلة ، فدفعها أئمة المذهب بأمور مستفادة مذهبية . ولا ينتظم ذكرها إلا في معرض الأسئلة والأجوبة .

---

(١) ينكر ابن حجر أن يكون الحجر علىٰ معاذ كان بطلب منه ، ويقول : « هٰذا شيء ادعاه إمام الحرمين في النهاية ، وتبعه الغزالي ، وهو خلاف ما صح من الروايات المشهورة » ثم أشار إلىٰ ما رواه الدارقطني من أن معاذاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، فكلمه ليكلم غرماءه ليرفقوا به ، وبذلك تجتمع الروايات ا .هـ التلخيص : (٣/ ٨٨) ، سنن الدارقطني : (٤/ ٢٣١) .

(٢) في الأصل : في عين .

(٣) من هامش (ت٢) ، وفي الأصل ، كما في (ت٢) : مخاصمتهم .

(٤) حديث أبي هريرة : أخرجه أبو داود: بيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه، ح ٣٥٢٣ ، ومسند الشافعي رقم (٥٦٤) ، والمستدرك (٢/ ٥٠) ، وانظر التلخيص (٣/ ٨٧ ح ١٢٤٦) .

(٥) ر . حاشية ابن عابدين : (٤/ ٤٤) .

٣٧٩٨ـ فالذي هو عماد المذهب في إثبات حق الفسخ أن الثمن أحد عوضي البيع ، فليكن التعذر فيه بمثابة التعذر في المبيع ؛ فإن البائع يستحق على المشتري تسليمَ الثمن كما يستحق المشتري على البائع تسليمَ المبيع ، [والتعاوض تبادل][1] في العوضين ، فالذي يقتضيه العقد استواء الشقين . ثم اعتضد الأصحاب بالقياس علىٰ تعذر المُسْلَم فيه بسبب انقطاعه .

هـٰذا متعلق المذهب على الجملة أوردناه [لنفضَّ][2] عليه الأسئلة المذهبية .

٣٧٩٩ـ فإن قيل : لو كان الثمن كالمُسْلَم فيه ، لما جاز الاستبدال عنه قبل قبضه كالمُسْلَم فيه . قلنا : في الاستبدال عن الثمن قولان منصوصان .

فإن قيل : هلا قلتم : انقطاع جنس الثمن يقتضي من الانفساخ ، أو ثبوتِ حق الفسخ ما يقتضيه انقطاعُ المسْلم فيه ؟ قلنا : هـٰذا خارج علىٰ قولي الاستبدال ، فإن ألحقنا الثمن بالمسلم فيه في الاستبدال عنه ، فلو انقطع جنس الثمن ، كان كما لو انقطع المسلم فيه .

فإن قيل : هلا أثبتم للبائع حقَّ الرجوع وإن تلف المبيع في يد المشتري ؟ قلنا : سبب إثبات حق الفسخ الخلاص من زحمة المضاربة ، وإنما يتأتىٰ هـٰذا بالرجوع إلىٰ عيْنٍ لا يزاحَم الراجِع فيها .

فإن قيل : قدّموه بقيمة المبيع من غير مضاربة . قلنا : حقه في العين ، فلا يقدَّم إذا فاتت .

٣٨٠٠ـ فإن قيل : الرهن قد يفوت ، وتنتقل الوثيقةُ إلىٰ بدله ، فهلاَّ كان الأمر كذلك في البائع مع المفلس ؟ قلنا : حق المرتهن لا يتأتىٰ في وضع الرهن إلا من بدله ، فلم يمتنع انتقال حقه إلى البدل ، بخلاف البائع ؛ فإنّ حقّه في العين . فإن قالوا : إنما يُثبتون للبائع حق الرجوع طلبا لفائدةٍ ، وقد يستفيد بالمضاربة بالقيمة

---

(١) في الأصل : والتعارض يتبادل . و(ت٢) : والتعارض تبادل . والمثبت تصرف من المحقق .

(٢) في الأصل : بدون نقط . وفي (ت٢) : نقصّ . وما اخترناه هو اللفظ المعهود في لغة إمام الحرمين .

ي ٢١٤ أمراً ، وذلك إذا كانت القيمة أكثرَ من الثمن المسمىٰ ، فإذا ضارَب/ بالقيمة ، كانت حصته أكثر من حصته في المضاربة بالثمن . قلنا : الأمور[1] تحمل على اعتدال ، والغالب أن القيمة كالثمن . وإن فرضت زيادتها تارة ، لم يمتنع فرض نقصانها أخرىٰ . وقد قال بعض أئمتنا بالمضاربة بالقيمة إذا ظهرت الفائدة . وحكى **الإمام** ذلك ، وحكاه غيرُه علىٰ ندور ، واشتهر بين الخلافيين .

٣٨٠١ـ فإن قيل : ينبغي ألا يفسخ إذا قدمه الغرماء بتمام الثمن ، قلنا : له الفسخ وإن قدموه ؛ **لمعنيين** : **أحدهما** ـ أنه ربما لا يرضىٰ بتقلّدِ منةٍ منهم ، ويأبىٰ إلا ما أثبته الله تعالىٰ له . **والثاني** ـ أنه لا يأمن ظهور غرماء لا يرضَوْن بتقديمه .

فإن قيل : قد استشهدتم بالانقطاع في المُسْلَم فيه ، وذلك لما أَثْبتَ حقَّ الفسخ ، لم يفرق فيه بين أن يكون رأسُ المال قائماً أو تالفاً . قلنا : السبب فيه أن المُسْلَم إليه إذا لم يكن مفلساً ، فالرجوع إلىٰ بدل رأس المال ممكن معه ؛ إذ لا مضاربة حيث لا حجر .

فإن قالوا : لو أفلس المُسْلَمُ إليه وحُجر عليه وجنس المُسْلَم فيه غير منقطع ، فماذا ترون ؟

قلنا : يفسخ المسلِمُ ، ويرجع إلىٰ رأس المال رجوع البائع إلى المبيع . فلو كان رأس المال تالفاً في هـٰذه الحالة ، وجنس المسلَم فيه غير منقطع ، فلا يثبت الفسخ بسبب فوات عين رأس المال ، ومسيس الحاجة إلى المضاربة ، كما قدمناه ؛ فلا فرق بين الفلس بالمُسْلَم فيه ، وبين الفلس بالثمن .

فإن قيل : لو اجتمع فَلَسُ المسلَم إليه ، وانقطاعُ جنس المسلَم فيه ، فماذا ترون ؟ قلنا : اختلف أصحابنا في هـٰذه المسألة ، فمنهم من قال : لا يثبت الفسخ مع الفلس إذا لم يجد مَنْ يُقدِّرُ فاسخاً عيناً يُقدّم[2] بها ؛ لأنه لو فسخ ، لاحتاج إلى المضاربة ، والفسخ إنما أثبت للخلاص منها . وظاهر المذهب أنه ثبت حق الفسخ في هـٰذه الصورة ؛ لأنه يستفيد بالفسخ الوصولَ إلىٰ بعض حقه عاجلاً ، ولو لم يفسخ ، لأنظره

(١) في (ت ٢) : « الأصول » .
(٢) في الأصل : ويقدم بها .

إلىٰ وجود الجنس ، فربما يوجد الجنس ولم يبق بيده شيء يؤدىٰ منه حق المُسْلِم .

٣٨٠٢ـ ومما يجري في هـٰذه المسألة أنهم يقولون : الفسخ لا يرد على العين المبيعة ، فإنه سلمها إلى المشتري ، وإيراد الفسخ على الثمن وهو دين محال ، فإن الفسوخ تعتمد الأعيان ، فتردها ، ثم تقتضي استرداد أعواضها . قلنا : هـٰذا ينقضه السَّلم ؛ فإنَّ الفسخ ينشأُ من تعذر فيه ، وهو دين ، ثم الفسخ يرد على العقد إذا قام ما يوجب الفسخ ، وعلىٰ هـٰذا بنينا إجراء التفاسخ إذا تحالف المتعاقدان بعد تلف المبيع .

فإن قيل : هل تجوزون أن يقول البائع : رددتُ الثمن أو فسخت العقد فيه ؟ قلنا : امتنع من إطلاق ذلك بعضُ الأصحاب ، وقالوا : حق الفسخ أن يضاف إلى العقد المرسل ، ثم إذا انفسخ استعقب الفسخُ مقتضاه . وقال قائلون : تصح العبارة على الوجه الذي طلبه السائل ، ولا يضر إضافة الفسخ إلى الثمن ، وقولنا في ذلك ، كقول الجميع في السلم .

٣٨٠٣ـ فإن قيل : إذا باع رجل عبداً بجاريةٍ ، وتقابضا ، فقبض المشتري العبدَ والبائع الجاريةَ ، وتلف العبد في يد قابضه ، وأفلس ، ووجد قابضُ الجارية بها عيباً ، فإنه يردّها ، فهل يتقدم بقيمة العبد المستردّ على الغرماء ؟ قال **القاضي** : هـٰذا يحتمل **وجهين** / : **أحدهما** ـ لا يتقدم بها ؛ لأنّها دَيْنٌ والتقديم بالدّين محال . **والثاني** ـ يتقدم ؛ لأن الغرماء ، وإن قدمنا عليهم من ردّ الجارية ، فذلك في مقابلة ما أدخلناه في حقوقهم ، فإنا رددنا عليهم الجارية ، وكان التقدم في هـٰذه الصورة[1] بالقيمة يضاهي تقديم من يعامله بعد الحجر بأثمان المعاملات . ٢١٤ ش

فهـٰذا تمام ما أردنا أن نذكره من دقائق المذهب في أثناء الأسئلة والأجوبة .

٣٨٠٤ـ ومما نلحقه بقاعدة الفصل أنا إذا أثبتنا حقَّ الفسخ للبائع ، فهو على الفور أم على التراخي ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه على الفور ؛ لأنه خيار فسخٍ شرع لدَرْء الضرار ، فينبغي أن يكون على الفور ، كخيار الرّد بالعيب والخُلف . **والثاني** ـ أنه على

---

(١) (ت٢) : الصورتين بالقيمتين .

التراخي ؛ لأنه خيار يتضمنه الرجوع في عينٍ سلمها ، وأزال الملك عنها ، فأشبه ذلك حقَّ الرجوع في الهبة .

قال **القاضي** : لا يمتنع أن يتأقت هـٰذا الخيار بثلاثة أيام ؛ فإنا سنذكر قولاً كذلك في خيار المعتقة تحت زوجها القن ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٨٠٥ـ ومما يتعلق بتمام الكلام في ذلك أن المشتري لو لم يكنْ مفلساً ، ولـٰكنه امتنع عن أداء الثمن ، وعسر تحصيله منه ، فهل يثبت للبائع حقُّ الرجوع ؟ **فوجهان** : **أحدهما** ـ يثبت للتعذر . **والثاني** ـ لا يثبت ، وهو ظاهر المذهب ؛ لأن حكم الممتنع في الشرع أن يستوفَىٰ منه الحقُّ طوعاً أو كرهاً . فإن فرض ماردٌ[1] لم يُبْنَ الشرعُ عليه .

٣٨٠٦ـ وإن غاب المشتري ، فإن كان للبائع بيّنة ، وقد ترك المشتري في البلد ما يفي بالثمن ، فلا يرجع في عين المبيع ، وإن لم تكن له بينة ، ولا له مال في البلد . فهـٰذا بمثابة الامتناع الذي حكينا تردّدَ[2] الأصحاب فيه .

ويثبت الرجوع إلىٰ عين المبيع بعد وفاة المشتري ، وفي حال حياته إذا أفلس وضُرب الحجر عليه ، وأثبت **مالك** الرجوعَ [في حال الحياة ، ولم يثبته بعد الوفاة][3] . وتعرض **الشافعي** له بالمحاجة بأمورٍ لا حاجة بنا إليها .

---

(١) (ت٢) : ما زاد. وهي في الأصل بهـٰذا الضبط (ماردٌ) علىٰ خلو نسخة الأصل من النقط والضبط .
والمارد : الطاغية العاتي (معجم . ومصباح) .
وفي الروضة للنووي (٤/ ١٤٩) : « . . . نادرٌ لا عبرة به » وهـٰذا أشبه بلغة الفقهاء .

(٢) (ت٢) : حكيناه ، وتردد الأصحاب فيه .

(٣) في الأصل ، وفي (ت٢) : « وأثبت مالك الرجوع بعد الوفاة ، ولم يثبته في حال الحياة » ، والذي سوغ لنا هـٰذا التصويب ، واعتباره سبق قلم من الناسخ أمران :
أ ـ أن هـٰذا هو المنصوص في كتب المالكية ، مثل : جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (٢/ ٩٤) ، بُلغة السالك لأقرب المسالك (٢/ ١٢٦) ، وبداية المجتهد (٢/ ٢١٧) ، والموطأ: كتاب البيوع، ح ٨٧ . وهو ما حكاه عنهم الشوكاني أيضاً في نيل الأوطار (٥/ ٣٦٥) .
ب ـ والأمر الثاني الذي سوغ لنا هـٰذا التصويب ، محاجة الإمام الشافعي للإمام مالك ، التي أشار إليها إمام الحرمين ، فالشافعي يقول : « ويقال لمن قبل الحديث في الحياة دون
=

٣٨٠٧ـ ومما نثبته في أصل الكتاب توطئةً للقواعد أن أصحاب الديون الحالّة يتضاربون في مال المفلس ، واختلف القول في الديون المؤجّلة ، فأحد قولي **الشافعي** أنها تحل بالحجر ، كما تحل الديون المؤجلة بالموت . **والقول الثاني** : إنها لا تحل . فإن قضينا بحلولها ، اضطربوا مع المضطربين ، وإن حكمنا بأنها لا تحل ، فالمال العتيد الموجود مصروف إلىٰ أصحاب الديون الحالة ، وأصحاب الدُّيون المؤجلة يؤخَّرون . ثم إذا حلت آجال ديونهم بعد فضّ المال على الديون الحالة ، لم يملكوا أن يرجعوا بشيء مما تضارب أصحاب الديون الحالة .

وسيكون لنا إلىٰ تفصيل القول في حلول الآجال عودة ، إن شاء الله تعالىٰ .

فَصْلٌ

قال : « فإن تغيرت السلعة بنقصٍ في بدنها . . . إلى آخره »[1] .

٣٨٠٨ـ إذا أفلس المشتري ، فالمبيع لا يخلو إما أن يكون تالفاً أو قائماً : فإن كان تالفاً ، لم يثبت للبائع حق فسخ العقد ، وليس له إلا مضاربة الغرماء بمقدار الثمن ، كما/ قررناه فيما تقدم . ٢١٥ ي

فأمّا إن كان قائماً ، فلا يخلو إما أن يكون متغيراً في ذاته ، أو غير متغير . فإن لم يكن متغيراً ، لم يخل إما أن يكون خرج عن ملك المشتري ، ثم عاد إليه ، أو لم يكن خرج عن ملكه . فإن كان خرج عن ملكه ، ثم عاد إليه ، ثم أفلس ، نُظر : فإن عاد بهبة ، أو وصية ، أو إرث ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ يرجع نظراً إلىٰ قيام

=

الموت : قد حكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة على الحي ، فحكمتم بها علىٰ ورثته ، فكيف لم تحكموا في المفلس في موته علىٰ ورثته ، كما حكمتم عليه في حياته ؟ » مختصر المزني (٢/ ٢١٩) .

فاستشهاد إمام الحرمين بكلام الشافعي هـٰذا في الرد علىٰ مالك ، يشهد بأن ما كان في النسختين عكس ما يريده المؤلف ، مما سوّغ لنا هـٰذا التصويب . والله أعلم .

(١) ر . المختصر : (٢/ ٢١٩ ، ٢٢٠) .

السلعة في ذاتها . **والثاني** ـ أنه لا يرجعُ ؛ فإن حق الفاسخ[١] أن ينقض بفسخه الملك الذي استقر[٢] منه بالعقد من جهته . والملك الزائل العائد ليس كذلك . ولهـٰذا نظائر ، منها زوال ملك المتهب وعوده بإحدىٰ هـٰذه الجهات ، فهل[٣] للواهب الرجوع ؟ فعلىٰ ما ذكرناه من الوجهين .

وإذا زال ملك المرأة عن الصّداق ، وعاد قبل الطلاق ، فإذا طلقها زوجها قبل المسيس ، فهل يرجع في نصف عين الصداق ؟ فعلىٰ ما ذكرناه من الخلاف .

وإذا باع عبداً بثوبٍ ، فخرج العبد من ملك المشتري ، ثم عاد إليه ، وقد اطلع صاحبه علىٰ عيب بالعوض الذي قبضه ، فله ردُّه ، ولـٰكنه هل يرجع بالعبد الذي زال وعاد ؟ فعلىٰ **وجهين** .

ومسلك الكلام في جميعها واحد .

٣٨٠٩ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا كان زال ملك المشتري ، وعاد بتبرعٍ ، أو بجهةٍ لا عوض فيها . فأما إذا زال ملك المشتري بجهةٍ من الجهات ، أيةِ جهةٍ كانت ، ثم عاد إليه ببيع ، ثم أفلس ، فقد تحقق إفلاسه بالثمن الأوّل في البيع الأوّل ، وتحقق إفلاسه بالثمن الثاني ، ففي المسألة **أوجه** : **أحدها** ـ أن حق الرجوع للثاني ، وهو القياس ، فيرجع في المبيع إن شاء[٤] ؛ لأن تلقي الملك فيه من جهته الآن .

والوجه الثاني ـ حق الرجوع للأول ؛ لأنه أسبق ، فهو أولىٰ بالتقديم . وهـٰذا يتجه بالبناء علىٰ أن الرجوع يثبت في الملك الذي زال وعاد ، كما ذكرناه ، فكأن الملك لم يزل في حق الأول ، وحقه مستدام فيه .

والوجه الثالث ـ أنهما يستويان فيه ؛ لأن للأول حق السبق ، وللثاني حق الدنوّ والقربِ ، واطرادِ الملك من غير تقطع ، وإذا تقابل المعنيان ، أوجب ذلك أن يستويا ،

---

(١) (ت٢) : التفاسخ .
(٢) (ت٢) : استعيد .
(٣) (ت٢) : « فإن قلنا : للواهب. . . » .
(٤) في الأصل : « إن شاء الله » ولا محل لها تبريكاً ولا تعليقاً .

فيرجع كلٌّ بنصف الجارية[1] ويضارب بنصف الثمن .

٣٨١٠ـ ثم نفرع فنقول :

إن عفا الأول ، فالحق للثاني وجهاً واحداً ، وإن عفا الثاني ، فهل للأول حق الرجوع ؟ فعلىٰ وجهين مبنيين علىٰ أنه لو زال ملكه بهبةٍ ، ثم عاد بمثلها ، أو بإرث ، فهل يثبت للبائع حق الرجوع ؟ فيه الخلافُ الذي تقدّم .

هٰذا كله إذا كان قد خرج عن ملك المشتري وعاد .

٣٨١١ـ فإن لم يخرج عن ملكه ، بل اطرد ملكه ، فلا يخلو : إما أن تعلّق به حق الغير ، أو لم يتعلق : فإن تعلق به حق الغير ، لم يخل إما أن يكون متعلقاً بعينه ، أو لا بعينه : فإن كان متعلقاً بعينه ، كحق المرتهن ، والمجني عليه ، والكتابة ، فلا يملك البائع إبطال هٰذه الحقوق . ولٰكن لو صبر حتىٰ فك عن الرهن ، وبرىء عن الجناية ، فإنه يرجع الآن . هٰكذا قال فقهاؤنا .

وقد ذكرت طرفاً من هٰذا في أحكام الرد بالعيب .

وأما إذا كان مكاتباً ، فصبر حتىٰ رَقَّ المكاتَب ، وعجز عن أداء النجوم ، قال بعض أصحابنا : هٰذا يخرّج على الوجهين ؛ لأن الكتابة ألحقته في أحكام/ الاستقلال بالأحرار ، فيجعل الاتصاف بها والعود إلى الرق المطلق ، بمثابة زوال الملك في المبيع وعوده .

٢١٥ ش

هٰذا إذا كان الحق متعلقاً بالعين .

٣٨١٢ـ فأما إذا كان متعلقاً بالمنفعة كالإجارة والتزويج ، فيثبت للبائع حقُّ الرجوع ناجزاً . ولٰكن المنافع تبقىٰ مستحقة . أما منافع الإجارة ، فإلى الاستيفاء ، ومنافع الزوج لا تتأقت ، فهي مستحقة ما دامت الزوجية .

٣٨١٣ـ فأمّا إذا كان المبيع قائماً ، لم يتبدل الملك فيه ، ولم يتعلق فيه حق ، فلا يخلو إما أن يكون علىٰ هيئته التي كان عليها ، غير متغير ، لا بزيادة ، ولا بنقصان ،

---

(١) كذا . وصوابها : « العبد » كما بدأ التمثيل . والأمر قريب .

[وإما أن يكون متغيراً : فإن كان غير متغير ، فإنه يرجع فيه، كما قدمناه .

وإن كان متغيراً ، لم يخل إما أن يتغير بزيادة أو نقصان][١] : فإن تغير بزيادةٍ ، لم تخل [الزيادة][٢] إما أن تكون متصلةً وإما أن تكون منفصلة : فإن كانت متصلة ، رجع البائع فيها مع الزيادة ، ولا مبالاة بالزيادة المتصلة في قواعد الشريعة ، إلا في أصلٍ واحد ، وهو إذا أصدق الرجل امرأته عيناً ، فزادت في يدها زيادة متصلة ، وطلقها الزوج قبل المسيس ، والعين زائدة ، فللمرأة أن تتمسك بعين الصداق ، ويرجع الزوج عليها بنصف القيمة ، ولا فرق بين أن تكون موسرة أو معسرة .

ولو أفلست والعين الزائدة في يدها ، وإذا لم يرجع الزوج ، لم يملك شيئاً إلا المضاربة ، ففي هـٰذه الصورة وجهان : **أحدهما** ـ أنه ليس له إلا القيمةُ ، والمضاربة بها ؛ فإن الزيادة قطعت حقه من العين .

والوجه الثاني ـ وهو اختيار **أبي إسحاق المروزي** أنه يرجع إلىٰ نصف العين . وإن زادت لضرورة المضاربة ، والإفلاسُ إذا كان يسلط علىٰ رفع أصل العقد ، فلا يبعد أن يؤثر في قطع حقها من الاختصاص بالصّداق لمكان الزيادة . ثم عَسُرَ على الأصحاب الفرقُ بين الصداق ، وبين سائر الأصول فيما يتعلق بالزيادة المتصلة .

ولعل المرضيَّ القريبَ أن الجهات التي يثبت فيها استردادُ العين تنقسم : فمنها الفسخ . والفسوخ تستأصل الأسباب من أصولها ، فلا يبقىٰ معها عُلقة لمن عليه الرجوع ، ومنها ما يهجم علىٰ قطع الملك ، كالرجوع [في][٣] الهبة ، فهو في معنى الفسخ ، والزوج بطلاقه ليس فاسخاً ، ولا هاجماً على الرجوع ، وإنما التشطير حكم من الشرع ، لم ينشئه الزوج بسبب يقطع[٤] أصلاً كالفسخ ، ولم يتعمد قطع الملك ، فقوي تعلُّقُها بعين الصداق .

فإن قيل : ما تقولون فيه إذا زاد الصّداق في يدها ، ثم ارتدت قبل المسيس ؟ قلنا :

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) في الأصل : بالهبة .
(٤) (ت٢) : يقع .

اختلف أصحابنا في ذلك : فقال قائلون : المرأة أولىٰ بعين الصداق ، قياساً علىٰ تشطير الصداق عند الطلاق . والصحيح أن الصداق يرتد إلى الزوج ؛ فإن طريقه الفسخ ، وقد ذكرنا أنَّ الفسوخ تستأصل الأسباب والعلائق .

هـٰذا في الزوائد المتّصلة .

٣٨١٤ـ فأما الزياداتُ المنفصلة ، كالثمار ، والأولاد ، والألبان ، وما في معانيها ، فهي خالصة للمشتري مصروفةٌ إلىٰ ديون الغرماء . والبائع يرجع في عين المبيع .

هـٰذا كله إذا كان التغير بالزيادة .

٣٨١٥ـ فأما إذا كان التغير بالنقصان ، لم يخل إما أن يكون نقصان جزء أو نقصانَ صفة ، فإن كان نقصان جزء ، مثل أن يبيع عبدين ، ويموتَ أحدُهما في يد المشتري ، ويبقى الثاني/ وما كان قبض البائع من الثمن شيئاً ؛ فإنه يرجع في الباقي من المبيع ، ويضارب الغرماء بقسطٍ من الثمن ، وتفصيل التقسيط يأتي في أثناءِ الكتاب ، إن شاء الله تعالىٰ ؛ فإن هـٰذا الفصلَ في حكم التراجم ، والمعاقد ، وشرح ما نفصل بين أيدينا . ٢١٦ ي

٣٨١٦ـ فأما إذا كان النقصان راجعاً إلى الصفة ، فلا يخلو إمّا أن ينتقص المبيع بآفة ، أو بجناية جانٍ : فإن انتقص بآفة سماويةٍ مثل : أن سلم إليه [العبد][1] المبيع ، فاعورّت عينُه في يده ، أو شَلَّت [يده][2] . فنقول للبائع : المبيعُ كما ترىٰ ، فإن رضيتَ به معيباً ، فارجع فيه ، ولا حظَّ لك في غيره . وإن أردت أن تكون أُسوة[3] الغرماء ، فضاربهم بالثمن .

والعيب السماوي بالمبيع في يد المشتري في حق فسخ البائع بمثابة العيب الحادث في يد البائع بآفة سماوية في حق فسخ المشتري . وقد ذكرنا في أحكام العيوب أن

(١) زيادة من (ت٢) .
(٢) في الأصل : يد العبد .
(٣) الأسوة : المِثل (معجم) والمعنى أن تكون واحداً من الغرماء، وتضارب معهم .

المشتري يتخيّر : إن شاء فسخ البيع بالعيب الحادث في يد البائع ، وإن شاء أجازه بتمام الثمن .

هـٰذا سبيل البائع مع المشتري فيما نحن فيه .

٣٨١٧ـ ولو حدث النقصُ بجناية ، لم يخل إمّا أن يكون الجاني أجنبياً ، وإمّا أن يجني المشتري : فإن كان أجنبياً ، فلا شكّ أنه يلتزمُ الأرشَ للمشتري . ثم الأصح أنه يلتزمه باعتبار النسبة إلى الجملة ، فجراح العبد من قيمته كجراح الحرّ من ديته ، فإن كان قطع يداً ، أو عوَّر عيناً ، فنصف القيمة واجبٌ على الجاني .

وإذا آل الأمر إلى البائع[1] ، قلنا له[2] : أرش [العيب][3] على الجملة محطوط عنك ؛ فإنَّا وجدنا للضمان فيه متعلَّقاً . فإذا لم يتعطل ذلك العيب في نفسه ، لم يطوّق البائع أمره مجَّاناً ، ولـٰكن المعتبر في حق البائع نقصان القيمة ، لا التقدير الشرعي المتعلق بنسبة الأعضاء إلىٰ جملتها . وبيان ذلك أنَّ الجاني التزم للمشتري بقطع يده نصفَ القيمة ، وكان انتقص[4] ثلث القيمة بالسوق ، فيعتبر في حق البائع نقصانُ السوق ، فنقول : كأنك ظفرت بثلثي المبيع ، فارجع فيما وجدت ، وضارب الغرماء بثلث الثمن ، ويصير نقصان الصفة في هـٰذه القسمة بمثابة نقصان الجزء .

فإن قيل : هلا اعتبرتم تقدير الشرع في حق البائع ؟ قلنا : الأطرافُ تتقدرُ في الجناية ، فأمَّا المعاوضاتُ ، فالأعواض تتقسط على المعوَّضات باعتبار القيم ، وأرش الجناية تقدير الشرع .

ولو التزمنا هـٰذا ، فربما يلقانا محالٌ لا سبيل إلى التزامه ؛ فإن الجاني لو قطع يدي عبدٍ معا ، فعليه كمالُ قيمته ، فإذا أفلس مشتري ذلك العبد بالثمن ، لم يمكنا أن نقول : ليس العبد الأقطع موجوداً ، ويستحيل أن نثبت حقَّ الرجوع فيه ، ثم نُثبت المطالبةَ بجملة الثمن ، نظراً إلىٰ ما وجب على الجاني .

---

(١) آل استحقاق الأرش إلى البائع .
(٢) قلنا له : أي للمشتري .
(٣) في الأصل : العين .
(٤) (ت٢) : النقص .

هـٰذا إذا كان الجاني هو الأجنبي .

٣٨١٨ـ فأما إذا جنى المشتري على العبد ، فالصحيح أن المشتري كالأجنبي في حكم الجناية ، وتفاصيل الرجوع . وقد مضىٰ ذلك مبيناً الآن .

ومن أصحابنا من قال : حكم جناية المشتري حكم جناية البائع على المبيع قبل القبض ، حتىٰ نقول في قولٍ : إنها كجناية أجنبي ، وقد مضىٰ . وفي قولٍ نجعل أثر جنايته كآفة سماوية .

والجملة في ذلك أن المشتري والمبيعُ في يده كالبائع في المبيع قبل القبض .

فهـٰذا مجامع القول في التغايير التي تلحق المبيع حكماً وحقيقة .

٣٨١٩ـ فَرْعٌ : إذا اشترىٰ حنطة/ فبثها بذراً ، فنبت الزرع وأحصد ، ثم أفلس المشتري ، فالحنطة الحاصلة من زرع ذلك البذر [لمن][1] ؟ اختلف أصحابنا فيها : فمنهم من قال : نجعلها مبيعة ، ونقدر كثرتها زيادة متصلة ، كالعبد يشتريه طفلا ، ثم يشب ويترعرع ، والفسيل يشتريه ويغرسه ، ثم يصير أشجاراً ، فيثبت للبائع الرجوع إذاً ، ولا حكم لتلك الكثرة . ٢١٦ ش

ومن أصحابنا من لا يجعل الحبَّ الحاصل من الزرع بمثابة مبيع زائدٍ ، ولـٰكنا نجعلها أعيانا مستفادة في ذواتها ، وليس للمشتري إلا المضاربة . ووجه ذلك أن البذر يعفَن[2] تحت التراب ، ثم ينشأ الزرع منه بعد مصيره إلىٰ حالة العفن . وفي هـٰذه الحالة لا يُعدّ فيها مالاً . ثم الزرع نشءٌ جديد .

ومن هـٰذا ما لو اشترىٰ بيضة ، وأحضنها دجاجة ، فتفقأت عن فرخ : من أصحابنا من جعل الفرخ مبيعا ، وقدّر ما لحقه من تغايير الخلقة بمثابة الزيادة المتصلة .

ومنهم من لم يقدره مبيعاً ، ولم يُثبت للبائع حقَّ الرجوع .

ومن هـٰذا القبيل ما لو اشترىٰ عصيراً ، فانقلب خمراً في يد المشتري ، ثم انقلبت الخمر خلا ، فالخل هل يكون مبيعاً أم لا ؟ فيه التردد الذي ذكرناه . ولا خلاف أن

---

(١) مزيدة من المحقق .

(٢) يعفَن من باب تعب .

الزرع مُلِك من البذر مِلْكِه ، وكذلك القول في الفرخ والخل .

وسنذكر هـٰذه المسائل في موقعها في كتاب الغصوب ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٨٢٠ـ وكذلك لو اشترىٰ رجل أرضاً مزروعة وكان الزرع بقلا ، لم يُسنبِل بعدُ ، فإذا ظهرت السنابل ، ثم أفركت ، وديست ، فهل نجعل الحب مبيعاً ؟ ذكر **العراقيون** وجهين وبنَوْهما على المسائل التي تقدمت ، ورأَوْا جعلَ الحب مبيعاً ـ وقد كان المشترَىٰ زرعا ـ أوْلىٰ ؛ من جهة أن الزرع يشمل الأخضرَ والمسنبِل ، فالسنبلة تعد من الزرع ، فهي بالاندراج تحت ما كان مبيعا أولىٰ من الفرخ ، بالإضافة إلى البيض ؛ فإنهما متباينان صفةً واسماً .

٣٨٢١ـ وحاصل القول في ذلك أن التغايير التي لا تنتهي إلىٰ قلب الجنس ، وتغيير الاسم لا حكم لها ، ويبقىٰ ما كان مبيعاً علىٰ حكمه ، حتىٰ يثبت للبائع الرجوع .

ثم إن كان التغيير إلىٰ زيادة متصلة ، فهي للبائع إذا أراد الرجوع .

وما تغير إلىٰ نقصانٍ فلا حكم له عند قصد الرجوع ، والبائع علىٰ خِيَرته إن شاء ضارب بالثمن ، وإن شاء قنع بالمبيع الناقص .

وكل تغييرٍ ينتهي إلىٰ قلب الجنس والاسم ، ولـٰكن المتغير مترتب علىٰ ما كان مبيعاً ، كالزرع والبذر ، والفرخ والبيض ، ففيه الخلاف . وما يغير الجنس ويبقى اشتمال الاسم معه ، ففيه خلافٌ قريب .

٣٨٢٢ـ وزوائد الأصول إذا انفصلت ، وإن حصلت من أصولها ، فهي منقطعة عنها ؛ فإن الأصول قائمة علىٰ صفاتها ، وقد تجدّد منها ما تجدّد . وليس كالبذر ينقلب زرعاً ؛ فإنّه في نفسه ما بقي علىٰ ما كان عليه . نعم، الملك ينتظم الأصلَ والزيادةَ ؛ فإنا لا نجد للزيادة مصرفاً أولىٰ من مالك الأصل . فإن قدرناها جزءاً من الأصل ، فلا كلام ، وإن لم نفصل[١] ، وهو الرأي ، فالوجه أن نجعلها كصيود تتعقل[٢] بشبكات متهيئةٍ لها. وما ذكرته أصدق شاهدٍ في أن الزوائد المنفصلة ليست من عين الأصول ؛

---

(١) كذا في النسختين . ولعلها : وإن لم (نفعل) .

(٢) (ت٢) تتعلق . وفي هامشها : « تتعقل » وإشارة أنها من نسخة أخرىٰ .

إذ لو كانت من أعيانها ، لكانت كالحب الكثير ينبتها البذر اليسير ، وكان يدرج في قياس المسائل التي نظمناها .

فَصْلٌ

قال : « ولو باع نخلاً فيه ثمر أو طلعٌ قد أُبّر ، فاستثناها المشتري . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٨٢٣ـ قوله فاستثناها المشتري لنفسه/ معناه فاشترطها لنفسه ، وهـٰذا اللفظ يطلق في غالب الأمر في استثناء شيء من جملة ، فاستعملها للمشتري[2] في معنى الاشتراط . ٢١٧ ي

والمسألة مصورة فيه ، إذا باع نخيلاً ، عليها ثمار ظاهرةٌ مؤبرة ، وأدخل الثمار في البيع ، ثم قبض المشتري الشجر والثمر ، واستهلك الثمرة ، وأفلس بالثمن كله ، فالبائع يرجع في الشجر ، ولا يكتفي بها ؛ فإنها بعضُ المبيع ، بل يضارب بقسطٍ من الثمن يقابل الثمرة الفائتة .

هـٰذا الأصل ثابت لا شك فيه .

ولـٰكن لا يمكن الوصول إلىٰ ما يرجع به من الثمن[3] إلا بمعرفة قيمة الثمار ، وقيمة الأشجار ، ثم إذا بانت القيمتان ، قدَرَ[4] توزيعَ الثمن على المبْلَغَيْن ، فما يقابل الثمر ، ضارب به ، وما يقابل الشجر ، يكتفي فيه بالشجر ، إن أراد الرجوع فيها ؛ فيأخذ الشجر بقسطها ، ويضارب الغرماء بقسط الثمرة من الثمن .

٣٨٢٤ـ والكلام وراء هـٰذا في أن قيمة الثمرة متىٰ تعتبر ، وكذا قيمة الشجر ، ولا يلقَى الناظرُ في الكتاب أمراً أولىٰ بإنعام النظر فيه من هـٰذا ، فهو عمدة الكتاب وسرّ الباب .

---

(١) ر . المختصر : (٢/ ٢٢٠) .

(٢) (ت٢) : للشافعي .

(٣) (ت٢) : الثمر .

(٤) يقال : قَدَرَ الشيء بالشيء : قاسه به وجعله على مقداره (المعجم) فالمعنى : قاس توزيع الثمن على الثمر والشجر ، وأبان مبلغ كل واحدٍ منهما .

٣٨٢٥ـ قال **الشافعي** فيما نقله **المزني** : تعتبر قيمة الثمرة بيوم القبض ، لا بيوم العقد ، ولا بيوم الجائحة[١] . هـٰذا ما نقله . ونحن نستوعب ما يتعلق بالثمرة ، ثم نذكر ما يتعلق بالشجر .

أما القول في الثمرة ، فقد ذهب **المحققون** إلىٰ مخالفة النص المنقول ، وقالوا : نعتبر أقلَّ القيمتين من يوم العقد والقبض . فإن كانت قيمته يوم العقد أكثرَ ، وقيمتُه يوم القبض أقلَّ ، فالمشتري يقول : لا تحتسب عليَّ زيادة كانت في يد البائع ، وإنما دخلت الثمرة في ضماني يوم قبضتُها . فليس للبائع أن يعتبر زيادةً قبل ضمان المشتري .

وإن كانت قيمته يوم العقد أقلَّ ، وقيمته يوم القبض أكثر ، فالمشتري يقول : ما كان من زيادةٍ بعد العقد ، فهي لي وحدثت علىٰ ملكي ، فليس للبائع أن يعتبرها في تقويم الثمن عليّ . ولا شك أن قيمة الثمرة إذا كثرت ، كثر ما يرجع به من الثمن ، فإذاً للمشتري أن يقول : لا تحتسب عليّ زيادةً ، إن حسبتها ، زاد مقدارُ ما ترجع به ، والزيادة تثبت ملكاً لي .

٣٨٢٦ـ فإن قيل : الزيادة المتصلة ينبغي ألا تفرد بالاعتبار ؛ فإنها كانت تكون للبائع لو بقيت الثمار ، فالرجوع بحصتها من الثمن يجبُ أن[٢] يكون باعتبار زيادتها معها . قلنا : هـٰذا غير سديد ؛ فإنّا لا ننكر أن الزيادة المتصلةَ حصلت للمشتري في ملكه ، ولـٰكن إذا كانت العين قائمةً ، ومست الحاجة إلىٰ ردّها ، تبعت الزيادةُ الأصلَ ضَرورةً ، [وإذا فاتت العين بعدما طرأت عليها زيادةٌ متصلة في ملك المشتري ، فأي ضرورة][٣] تحوج إلىٰ عدّ[٤] تلك الزيادة الحادثة في ملك المشتري في حق البائع، حتىٰ

---

(١) هـٰذا معنىٰ كلام الشافعي ، وليس لفظه ، بل ليس في كلام الشافعي ذكر للعقد ، قال : « لو أكل الثمر ، أو أصابته جائحة ، ثم أفلس أو مات ، فإنه يأخذ عينَ ماله ـ أي الشجر ـ ويكون أُسوة الغرماء في حصة الثمر يوم قبضه ، لا يومَ أكله ، ولا يوم أصابته الجائحة » . (المختصر : ٢/ ٢٢٠) .

(٢) (ت٢) : ألا يكون .

(٣) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .

(٤) (ت٢) : « ردّ ».

تكثر في التقويم ، ليكثر ما يرجع به .

فيلتأمل الفطن أول هـٰذا الكلام ؛ فإنه منشأ غائلة الفصل ، فقد حصل من وفاق المحققين أنا نعتبر أقل القيمتين للثمرة في يومي العقد والقبض .

٣٨٢٧ـ وحكىٰ **صاحب التقريب** قولا مرسلا من بعض الأصحاب : أن الاعتبار بقيمة يوم القبض ، ويزعم هـٰذا القائل : أن القول مأخوذ من النص الذي نقله **المزني** . فإن كانت قيمةُ يومِ القبض أقلَّ ، فلا شك في اعتبارها ، وإن كانت أكثرَ ، فكأن هـٰذا القائلَ يعتبر تلك القيمة ؛ مصيراً منه إلىٰ تقويم الزيادة المتصلة للبائع ، بناء علىٰ أنها لو كانت باقية ، لكان البائع يأخذها بزيادتها .

وهـٰذا وهمٌ عظيم ؛ من جهة أن البائع ليس يرجع عند تلفها إلىٰ قيمتها ، وإنما يرجع إلىٰ قسطٍ من الثمن باعتبار[1] قيمتها ، والقسط من الثمن إذا أُثبت ، فهو في مأخذ الأحكام علىٰ مضادة الرجوع في/ العين ، فنعتبر والحالة هـٰذه بقسطٍ لا يحسب فيه حقُّ المشتري عليه [للبائع][2] . ٢١٧ ش

هـٰذا أقصى الإمكان في التعبير عن هـٰذا الغرض . والفطن يبتدره ، والبليد لا يزداد في هـٰذا المقام بزيادة البيان إلا حَبَطاً[3] .

ولا عود إلىٰ ما ذكره **صاحب التقريب** ؛ فإنه ساقط غير معتد به .

٣٨٢٨ـ هـٰذا قولنا في القيمة التي نعتبرها للثمرة ، وهـٰذه القيمة لا تستقل بإفادة غرضها دون الإحاطة بقيمة الشجر ، وقد اضطرب المحصلون في قيمة الشجر ، ونحن نأتي بما قالوه ، ونضبط حاصلَ الفصل عند نجازه بما يُبيّن مسلكَ كلِّ فريق .

---

(١) قال الرافعي : « وسبيل التوزيع ، أن تُقوّم الأشجار ، وعليها الثمار ، فيقال : قيمتها مائة . وتُقَوَّمُ وحدها ، فيقال : قيمتها تسعون ، فيضارب بعشر الثمن » (الشرح الكبير بهامش المجموع : ١٠/٣٥٨) ومعنىٰ ذلك ، كما هو واضح ، أن يرجع البائع بالأشجار ، فهي ما زالت قائمة ، ثم يضارب بعشر الثمن في مقابلة الثمار التي تلفت ، سواء كان عشر الثمن أقل ، أو أكثر من قيمتها . وانظر أيضاً : روضة الطالبين : (٤/١٦٥ ، ١٦٦) .

(٢) في الأصل بهـٰذا الرسم : « المابع » بدون نقط .

(٣) حبطاً : فساداً ، وقد تكون خبطاً (بالخاء) أي عماية .

٣٨٢٩ـ قال بعض الأثبات من أصحاب **القفال** : نعتبر في الشجر أكثرَ قيمةٍ ، من يومي العقد والقبض . وهـٰذا وإن كان في الظاهر يخالفُ ما ذكرناه في قيمة الثمرة ، فهو موافق له في المقصود ؛ فإن قيمة الشجر إذا كثرت ، قلَّ ما يرجع به البائع من الثمر . وقيمةُ الثمر إذا قلَّت ، قلَّ ما يرجع به البائع من الثمر ، فإن الشجرة يأخذها البائع بقسطه ، فإذا كثر ، قل ما يبقىٰ . وهـٰذا الذي ذكرناه ضبط من طريق اللفظ ، والتحقيق وراءه .

٣٨٣٠ـ وذهب **القاضي** إلىٰ مسلكٍ آخر ، فقال : إن كانت قيمة الشجر يوم العقد أقلَّ ، وكانت يوم القبض أكثر ، فالاعتبار بقيمة يوم العقد . واحتج عليه بأن قال : إذا كان البائع يأخذ الشجر ، فالزيادة المتصلة مأخوذة له ، فلا تحسب عليه ، وكأنا نتبين بالأخرة أنها زادت له ، فليقع الاختصَار علىٰ قيمة العقد . وليس ما نحن فيه بمثابة الثمرة ؛ فإن الثمرة فائتةٌ ، فليست زيادتها منقلبة إلى البائع ، وليست مضمونةً له ضمان قيمة . وقد حدثت للمشتري وهلكت له ، فلا تدخل في حساب التوزيع . فأما زيادة الشجرة ؛ فإنها منقلبة إلى البائع ، فلا تحسب عليه في حساب التوزيع .

وللقائل الأول أن يقول : حدوث هـٰذه الزيادة علىٰ ملك المشتري لا شك فيه ، فإن كنا نردها على البائع ، وما حدثت في ملكه ، فالذي يقتضيه الإنصافُ أن نقول : قدِّر هـٰذه الزيادة أنها للبائع ؛ كأنها كانت حالة العقد ، وإذا قرن بها لأنها متصلة بالمبيع ، فاعتبرها في قيمة المبيع ، وليس من الإنصاف أن تفوز بها ، وما حدثت في ملكك ، ولا تحسبها من المبيع .

هـٰذا بيان المسلكين وهما متجهان .

٣٨٣١ـ وكأنَّ الكلامَ في الزيادة المتصلة في غرضنا يتعلق **بثلاث مراتب** : **إحداها** ـ أن البائع إذا كان يرجع في المبيع الزائد زيادة متصلة ، ولا حاجة إلىٰ تقدير توزيع ، فإن المبيع بجملته باقٍ ، فإذا كان كذلك ، فلا نظر إلى الزيادة وهي تنقلب إلى البائع تبعاً للأصل .

[المرتبة الثانية][1] ـ إن زاد شيء من المبيع وتلف ، واحتجنا إلىٰ تقويم ذلك التالف

---

(١) زيادة من المحقق أخذا من تقسيم المؤلف نفسه .

المرجوع بقسط من الثمن يقابله ، فلا تعتبر الزيادة المتصلة بالحادثة في ملك المشتري بعد العقد ؛ فإن تلك الزيادة ليست ترتد إلى البائع ولا قيمتُها ، فأخرجنا اعتبارها من البَيْن ، حتىٰ كأنها زيادة متَّصلةٌ غيرُ معتد بها .

المرتبة الثالثة ـ في زيادة ترتدّ مع أصلها إلى البائع ، ولـٰكن تخلَّف الحكم في شيء لا يرجع إلى البائع باختلافها ، .فهل نعتبر تلك الزيادة بمقدارٍ من الثمن يتعلق بغير العين التي رجع فيها أم لا نعتبرها ، كزيادة الأشجار المنقلبة/ إلى البائع ؟ إن اعتبرناها ، قلّ قسط الثمار ، وإن لم نعتبرها ، كثر قسطها . هـٰذا موضع تردد **المحققين** علىٰ ما حكيناه عن **القاضي** وغيره .

٢١٨ ي

وإذا تمهد أصل الفصل ، نهذبه الآن بالصور ، ثم ننعطفُ على الأصلِ ، ونَرِمّ[(١)] ما نراه علىٰ إشكال في أطراف المسألة .

٣٨٣٢ـ فنصور كأن قيمة الشجرة كانت مائة ، وقيمة الثمرة كانت خمسين ، فإذا لم تفرض زيادة ولا نقصان في الشجر والثمر ، وقد فاتت الثمر ، فيرجع البائع في الشجر ويأخذها بثلثي الثمن ، ويضارب بثلث الثمن في مقابلة الثمر .

ولو لم تختلف قيمة الشجر ، واختلفت قيمة الثمر ، فكانت يوم العقد تساوي خمسين ، وصارت تساوي يوم القبض خمساً وعشرين ، فالاعتبار بقيمة يوم القبض ؛ فإنها أقل ، وقيمة الشجر لم تختلف ، فيأخذ البائع الشجر علىٰ نسبة الأخماس بأربعة أخماس ، ويضارب الغرماء بخمس الثمن في مقابلة الثمر .

ولو كانت قيمة الثمر يوم العقد خمسين ، فصارت يوم القبض تساوي مائة ، فلا اعتبار بالزيادة ؛ والتوزيع علىٰ نسبة الثلث والثلثين ، كما تقدم هـٰذا في تغيّر الثمر وبقاء الشجر .

٣٨٣٣ـ فأما إذا تغيرت قيمة الشجر[(٢)] ، فنصور الشجر حالة العقد بحيث تساوي[(٣)]

---

(١) نرم : نصلح (معجم) .

(٢) كذا يعبر عن الشجرة بـ (الشجر) مع أن التصوير للمسألة والسياق يؤكد أن الكلام في (الشجرة) واحدة (الشجر) .

(٣) أي : القيمة.

مائة، وكانت حالة القبض تساوي مائة وخمسين ، وقيمة الثمرة كانت خمسين ، وبقيت كذلك . أما من اعتبر في الشجر أكثرَ قيمةٍ ، فيحسب زيادة القيمة على البائع إذا رجع ، ويقول : الشجر مائة وخمسون والثمر خمسون ، فيرجع البائع في الشجر بثلاثة أرباع الثمن ، ويضارب الغرماء بربع الثمن في مقابلة الثمر .

والقاضي يقول : تلك الزيادة يفوز بها البائع غيرَ محسوبة عليه ؛ فإنها زيادة متصلة فيأخذ [الشجر](1) إذاً بثلثي الثمن ، ويضارب بثلث الثمن .

ولو كانت الشجر تساوي مائة ، فصارت يوم القبض تساوي مائتين . أمّا الأول ، يقول : يأخذ البائع الشجر بأربعة أخماس الثمن ويضارب في مقابلة الثمر بخمس الثمن . **والقاضي** لا يحسب الزيادة على البائع ويقول : الحساب من المائة التي كانت قيمة الشجر .

هـٰذا بيان المذهب بالصور . ثم نعطف الآن علىٰ أمور قد تزل عن فهم الناظر فنقول :

٣٨٣٤ـ القاضي لم يحسب الزيادة في الشجر على البائع ، ولـٰكنه قال : لو كانت الشجر تساوي مائة حالة العقد ، ثم نقصت ، فصارت تساوي خمسين ، فالنقصان محسوب على البائع ؛ فإنه حدث من ضمانه .

فإذا كانت الشجر تساوي يوم العقد مائة ، فصارت تساوي يوم القبض خمسين ، فيأخذها البائع بحساب المائة وهي الثلثان ، ويضارب بالثلث . أما **القاضي** فيقول : النقصان محسوب على البائع .

وأما من اعتبر الأكثر من قيمة الشجر ، فأكثر القيمتين المائة ، فيتفق المسلكان لا محالة ، وإنما يختلفان في العلّة .

٣٨٣٥ـ ومما يتعلق بأطراف المسألة ، أنا قلنا في الثمرة : يعتبر فيها أقل قيمتي العقد والقبض ، ولم نتعرض لما بينهما .

وهـٰذا مما يخطر للفقيه ، فنفصله ، ونقول :

---

(١) في الأصل : الحوادث .

إذا كان قيمة الثمرة خمسين يوم العقد ، فرجعت إلىٰ خمسٍ وعشرين في يد البائع ، ثم عادت إلىٰ خمسين ، فما حكم ذلك النقصان إذا تخلل وزال ؟ قلنا :

٣٨٣٦ـ نجدد العهد بأصلٍ قدمناه في أحكام العيوب من باب الخراج بالضمان . وذلك أن من اشترىٰ عبداً وقبضه ، وعاب في يده عيباً حادثا ، واطلع على/ عيب قديم به ، فالعيب الحادث يمنع الرد بالعيب القديم ، فلو زال ذلك العيب الحادث ، فهل يتمكن المشتري من الرد بالعيب القديم ؟ فيه تردد للأصحاب معروفٌ . ٢١٨ ش

ولو عاب المبيع في يد البائع ، فيثبت للمشتري حق الرد به ، فلو زال ذلك العيب ، وعاد المبيع كما كان ، فظاهر المذهب أنه يزول حق رد المشتري ، وفيه خلافٌ أيضاً .

فإذا تجدد العهد بما ذكرناه ، فنقول :

٣٨٣٧ـ لو عاب المبيع قبل القبض ، وصار ناقص القيمة بسبب العيب ، ثم طرأت زيادة خِلْقية ، ردت قيمة المبيع إلىٰ ما كان ، وذلك [العيبُ][1] باقٍ يثبت[2] حقُّ الرّد للمشتري .

وكذلك لو نقصت القيمة بالعيب ، ثم صار المبيع يشترَىٰ بالقيمة التامة لارتفاع سعر السوق ، فهٰذه الزيادة لا حكم لها ، والرد ثابت .

فإذا ثبتت هٰذه المقدمات ، عدنا إلىٰ غرضنا ، فنقول :

٣٨٣٨ـ إذا طرأ نقصان على المبيع بالسوق ، ثم زاد ، وعاد إلىٰ ما كان عليه ، فلا حكم لذلك النقصان المتخلل ، فإنا مع تشديد الشرع على الغاصب ، لا نؤاخذه بما يطرأ من نقصان السوق ، فما الظن بالبائع . وإن طرأ على الشجر في مسألتنا نقصان من جهة الآفة ، ونقصت القيمة بها ، ثم ارتفع السوق ، وعادت القيمة بسبب السعر إلىٰ ما كان ، فالذي أراه في هٰذه الصورة اعتبار قيمة يوم العيب . وإن كان ذلك اليوم بعد العقد وقبل القبض ، فإن النقصان قد تحقق من ضمان البائع ، وما كان من ارتفاع بعد هٰذا ، فهو في حق المشتري وملكه ، فلا ينْجبر به ما وقع من النقصان .

---

(١) في الأصل: «المبيع» والمثبت من (ت٢) .

(٢) جواب (لو) أي: «لو عاب المبيع . . . يثبت حق الرد للمشتري».

وإن نقصت الثمار بآفة وبقي النقص ، ولـٰكن حصلت زيادة خِلقية من جهةٍ أخرىٰ ، فالذي أراه أن تلك الزيادة لا تعتبر ؛ فإن العيب قائم ، ولا جبران علىٰ هـٰذا الوجه .

فأما إذا طرأ النقصان بعيب ، ثم زال بزوال ذلك العيب ، فهـٰذا يخرج علىٰ ما ذكرناه في مقدمة هـٰذا ، والظاهر أن هـٰذا إذا جرىٰ في يد البائع ، فإذا زال ، سقط حكمه .

هـٰذا منتهى النظر في هـٰذا .

٣٨٣٩ـ ومما يتعلق بأطرافِ المسألة أن الثمرة لو نقصت في يد المشتري بعد القبض ، فكانت تساوي يوم العقد خمسين ، ويوم القبض خمسين ، فنقصت وصارت تساوي ثلاثين ، ثم فاتت الثمرة ، وحل وقت التوزيع عند الإفلاس ، فنقول : ذلك النقصان محسوب على المشتري ؛ فإنه حدث في يده ؛ فَحُسِب عليه . وإن كنا نقول : لو بقيت معيبة ، لم يكن للبائع ـ إن أراد الرجوع ـ إلا الرضا بها علىٰ عيبها ، ولـٰكن لا ننظر إلىٰ هـٰذا إذا كنا نعتبر قيمة الثمار لأجل التوزيع ؛ فإن رضا البائع بعيب الثمرة لو بقيت في حكم الضرورة ، إذا كان يرجع إلى العين ، فالنقصان في يد المشتري محسوب عليه في مقام التوزيع ، كما أن النقصان في يد البائع محسوب على البائع .

٣٨٤٠ـ ومن تمام البيان في هـٰذا أن من اعتبر أكثر القيمتين في الشجرة إذا فرعنا علىٰ أصله ، وقلنا : قيمةُ الشجرة يوم العقد مائة ، ويوم القبض مائة وخمسون ، ويوم رجوع البائع مائتان ، فالوجه القطع باعتبار المائتين ؛ فإنه يومئذ يأخذ ، فيقع الحساب وقت قبضه ، فإنا إذْ ذاك نقول : يأخذ ما يأخذ بكم ؟/ وعلىٰ هـٰذا المذهب لو كان يوم القبض مائة وخمسين ، ويوم العقد مائة ، ويوم أخذ البائع مائة ، فيعتبر يوم أخذه ؛ فإن ما طرأ من زيادة ثم زال ليس هو ثابتاً يوم العقد ، حتىٰ نقول : إنه وقتُ مقابلة الثمن والمثمن ، وليس وقتَ أخذ البائع حتىٰ يحسب عليه ، فلا وجه إلا ما ذكرناه .

ي ٢١٩

وهـٰذا منتهى الفكر [لم][1] نغادر منه للناظر مثارَ إشكال ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٨٤١ـ وذكر الأصحاب صورةً تداني ما مهدناه ، وهي أن الرجل إذا باع عبدين ،

---

(١) في الأصل : ثم .

قيمة أحدهما ألفٌ ، وقيمة الثاني خمسمائة ، باعهما بألف ، فإن أقبضهما من غير تغير ، استحق الألف ، وإن أقبض الذي قيمته خمسمائةٍ ، فتلف الآخر في يد البائع ، استحق البائع ثلث الألف ، وسقط الثلثان ؛ لأن المبيع تلف ثلثاه . ولو انحطّ الذي قيمته الألف إلىٰ خمسمائة ، ثم تلف في يد البائع ، وأقبض الذي قيمته خمسمائة ، يستحق أيضا ثلث الألف كما بقيت لو بقيت قيمته ألفاً ؛ فإن النقصان محسوب على البائع .

ولو أنه أقبضه الذي كانت قيمته ألفاً بعد أن تراجع إلىٰ خمسمائة ، ثم تلف الثاني في يده ، استحق نصف الثمن لأنه يوم القبض كان نصف المبيع .

وهـٰذا بيّن لمن تمهد عنده ما قدمناه من الأصول .

٣٨٤٢ـ ثم قال **الشافعي** : « **وكذلك الزرع خرج أو لم يخرج** » .

منهم من قال : أراد به تسنبل الزرع ، أو لم يتسنبل ، وصورة المسألة أنه باع أرضاً مزروعة ، فيرجع فيها مع الزرع ، وإن كان تسنبل الزرع في ملك المشتري . وهـٰذا يدل علىٰ أحد الوجهين المذكورين في فرع البذر والزرع ، والبيضة والفرخ .

ومن أصحابنا من قال : « قوله : خرج أو لم يخرج » معناه نبت أو لم ينبت . وصورة المسألة عند هـٰذا القائل أنه باع أرضا مبذورة ، فأنبتت ، ثم فرضنا الرجوع بعد الفَلَس . وهـٰذا التأويل يخرّج علىٰ أصلين : **أحدهما** ـ صحة بيع الأرض المبذورة ، وفيها قولان ، تقدم ذكرهما . **والثاني** ـ في البذر إذا نبت ، وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في فرع البذر والزرع ، والبيض والفرخ .

فصل

قال : « ولو باعه حائطاً لا ثمرة فيه ، أو أرضاً لا زرع فيها . . . إلىٰ آخره»[١] .

٣٨٤٣ـ إذا باعه حائطاً لا ثمر علىٰ أشجاره ، فأثمرت في يد المشتري وأُبّرت

(١) ر . المختصر : (٢/ ٢٢٠) .

الثمار . أو باع أرضاً لا زرع فيها ، فزرعها المشتري ، ثم أفلس ، فالبائع يرجع في الحائط والأرض ، ولا حق له في الثمر [والزرع][١] وعليه أن يُبقي الثمارَ إلىٰ أوان الجِداد ، والزرعَ إلىٰ وقت الحصاد ؛ لأن الزراعة كانت بحق ، وكذلك إمساك النخيل الذي جرىٰ فيه بدوّ الثمار كان بحق ، فلزم تقرير الزرع والثمار . والغاصبُ إذا زرع ، قُلع زرعه لاعتدائه في ابتداء الزرع .

ثم البائع إذا ألزمناه تقرير الزرع ، والثمر ، فليس له أن يطلب أجرةً . أما الأشجار فلا أجرة لها اصلاً ، وأما الأرض ، فقد صادفت الزراعة فيها ملك المشتري ، وقد دخل في العقد علىٰ أن المنفعة لا تكون مضمونة عليه ؛ فإن منافع المبيع لا تكون مضمونة بعقد البيع ، فلم تلزم الأجرة .

٣٨٤٤ـ ولو أكرىٰ أرضاً ، فزرعها المكتري ، وفُلِّس المكتري ، فالمكري يرجع فيما بقي من مدة الإجارة ، ونجعله في المنافع الباقية كالبائع يجد عين ماله ، ثم/ إذا فسخ الإجارة في بقية المدة ، فلا يقلع زرعَ المكتري المفلس ، ولـٰكنه يغرِّمه أجرةَ المثل للمدة التي يبقى الزرع فيها ، والفرق بين المشتري والمكتري أن المشتري لم يدخل في العقد علىٰ أن يضمن المنافع ، والمكتري دخل في العقد[٢] علىٰ أن يضمن المنافع ، وإذا انقطعت الإجارة ، ضمن أجرة المثل لمدة الزرع . وما ذكرناه أن البائع [والمكري][٣] لا يملكان القلع ، عنينا به أنهما لا يملكان القلع لحق فسخ العقد ، لما ذكرناه .

ش ٢١٩

٣٨٤٥ـ ولـٰكن وراء ذلك نظر في القلع والتبقية إلى الإدراك .

فإن رضي المفلس والغرماء بالتبقية إلى الإدراك ، بقَّيْنا ، وإن رضوا بالقلع ، قلعنا ، وإن قال المفلس : يبقىٰ إلىٰ أن يدرك ، ويحصل منه وفاءُ الديون ، أو مقدارٌ صالح . وقال الغرماء : يقلع ويباع بما يشترىٰ ، ولا نرضىٰ بتأخير حقوقنا ، بل نتعجل

(١) في الأصل : والأرض .
(٢) (ت٢) : الإجارة .
(٣) في الأصل : المكتري .

من حقوقنا ما نقدر عليه ، فالغرماء يجابون إلىٰ ما يبغون لما ذكروه .

ولو قال الغرماء : يبقىٰ إلىٰ أن يدرك ، فقال المفلس : بل أقلع وأتعجل إنفاق مالي في الديون ، حتىٰ ينفك عني الحجر ، فللمفلس ذلك .

وبالجملة كل من يدعو إلى التعجيل من المفلس والغرماء، فهو مجابٌ إلىٰ ما يطلبه.

وهـٰذا الذي ذكرناه فيه إذا كان للمقلوع قيمة ، وإن قلّت . فأما إذا لم تكن له قيمة أصلا ، فلا يجاب من يطلب القلع ؛ من جهة أن ما يبغيه يؤدي إلىٰ إبطال المالية ، وتضييع الملك بالكلية . وقد نُهينا عن إضاعة المال .

٣٨٤٦ـ ولو قال بعض الغرماء : نقلع ، وقال المفلس ، وباقي الغرماء : نُبقي ، فلا بدّ من اتباع رأي من يطلب القلع . ولـٰكن قال **القاضي** : إذا طلب واحدٌ القلعَ ، قلعنا الجميع ؛ فإنا لا ندري كم نقلع بحصة المستدعي ، فإذا لم يمكنّا أن نُقدِّر شيئاً ، فلا بد من قلع الجميع .

وهـٰذا فيه نظر عندي ؛ فإن الزرع قد يبلغ مبلغاً عظيماً ، وأعداد الغرماء قد يكون مائةً فصاعداً ، فكيف يحسن أن نقلعَ جميع الزرع بسبب دين درهم لرجل واحد ؟ ونعطّلَ مائة ألف لمائة نفسٍ ؟ وليس من الرأي أن نترك[1] أصلاً ظاهراً لا سبيل إلىٰ تقدير مثله ، بسبب جهالة نستشعرها ، فلا وجه لإبطال حقوقٍ كثيرة ، بسبب تعنتٍ من ذي حق حقير .

فإن قيل : كم تقلعون لحق من يستدعي ؟ قلنا : إذا كان حقه عُشراً ، لم يخف علينا أن مقدار الخمس لا يقلع بسببه ، ونحن نستيقن استيفاء العشر إذا زدنا عليه قليلاً ، فلم نجبه إلى استيعاب الزرع بالقلع . فإن كان من[2] نظرٍ ، ففي المقدار الذي يتمارىٰ فيه . ثم يتجه احتمالٌ في القلع إلىٰ درك اليقين أو في الاكتفاء بما نَحْزِرُ ونخمّن . ويجوز أن يخطر لذي نظر أنا لا نقلع ما نشك فيه مراعاة لحق الغرماء [الآخرين][3] ؛ فيعود التردد

---

(١) في (ت ٢) : « ننزل » .
(٢) (ت٢) : ثَمَّ .
(٣) في الأصل : الأخرون .

إلىٰ محل الإشكال ، وفيه احتمال من الجهة التي ذكرتها ، فأما استيعابُ الزرع بالقلع فلست أرىٰ له وجهاً .

٣٨٤٧ـ ولو قال الغرماء : نصبر ، وقال المفلس : نعجل ونقلع ؟ قد ذكرنا أن المفلس يجاب إلى القلع ، فلو قال الغرماء : نبذل مؤنة الزرع من عند أنفسنا ، ونسقي ونتعهد إلى الإدراك ، ولا نقلع ، فقد/ ذكر **صاحب التقريب وجهين في ذلك** : **أحدهما** ـ أنه يمنع من القلع إذا كان كذلك ؛ فإنه لا غرض للمفلس . وقلعُه وهو مكفيٌّ المؤونةَ تعنت . ي ٢٢٠

وهـٰذا ضعيف ؛ فإنه يقول : غرضي أن يتعجل انفكاك الحجر عنيٰ ، وليس عليّ توفير حقوق الغرماء . وهـٰذا لا يدرؤه قيامُ الغرماء بالمؤنة .

فإن قيل : لو قال الغرماء : لا نقلع ، ونحن نفك الحجر عنك ، فهـٰذا كلام عريٌّ عن التحصيل ؛ فإنه لو انفك الحجر عنه ، كان له القلع بعلّة انطلاق الحجر . وإن استمر الحجر ، كان له القلع باستعجال انفكاك الحجر ، فلا حاصل إذاً لما قاله الغرماء .

٣٨٤٨ـ والذي نستتم به بيان الفصل أنه لو اجتمعت عليه ديون ، وكانت أصنافٌ[1] من الأموال ، وعلمنا أنه لا ينتجز بيعُها إلا في مدة شهرٍ مثلاً ، وكان الزرع يدرك في هـٰذه المدة ، فالذي أراه أنه لا يقلع الزرع ، وإن استدعاه المفلس ؛ من جهة أنه لا يستفيد بقلعه انفكاك الحجر عنه ، والحجر سيتمادىٰ إلىٰ منتهىٰ مدة إدراك الزرع ، ومال المحجور عليه في حكم المتعيِّن لحقوق الغرماء ، فلا بد من رعاية غبطتهم فيه ، إذا لم يظهر خلافَ جهة الغبطة غرضٌ ظاهر للمفلس .

هـٰذا منتهى القول في ذلك .

٣٨٤٩ـ ومما ذكره الأصحاب في الفصل أنا قدمنا استيفاء الزرع والثمر ، في الأرض والشجر ، وأوضحنا أن البائع والمكري لا يجابان إلىٰ تفريغ الشجر والأرض عن الثمر والزرع ، فقد يكون البائع والمكري ذا دينين على المفلس ، ويكونان من

---

(١) (كان) تامة و(أصناف) فاعل .

جملة غرمائه ، ويثبت لهما طلب القلع على التفصيل المقدم في طلب الغرماء لحق استحقاق الدين ، لا لحق الفسخ الثابت لهما في البيع والإجارة .

وهـٰذا واضح لا خفاء به .

ولو اعتنى الفقيه بحل مشكلات الفقه ، كان أولىٰ من الاشتغال بتعقيداتٍ في الصورة .

فَصْلٌ

قال : « وكذلك لو باع أمةً ، فولدت . . . إلى آخره »[(١)] .

٣٨٥٠ـ هـٰذا الفصل يجمع صور الوفاق والخلاف فيما يبقىٰ [للمفلس][(٢)] والغرماء من الحمل ، والثمر ، فنقول : الوجه تقديم الكلام في الحمل ، ثم إتباعه بالثمرة .

فمن باع جارية ، فعلقت بعد البيع بولد ، وانفصل الولد قبل رجوع البائع في الجارية ، فالولد للغرماء يتضاربون فيه ، وليس للبائع فيه نصيب ؛ فإنه لم يكن موجوداً في طرفي البيع والرجوع .

٣٨٥١ـ وإن باع جاريةً حبلىٰ ، وأفلس المشتري ، ورجع البائع في الجارية قبل الولادة ، ارتد الحمل إليه في هـٰذه الصورة وفاقاً ؛ من جهة أنه كان موجوداً في الطرفين ، وتحقيق الفقه فيه أن المشتري استحق الحمل الموجود تبعاً ، ثم لم تتغير الجارية عن صفتها ، فيرجع كما خرج .

٣٨٥٢ـ ولو باع جارية حاملاً ، فولدت في ملك المشتري ، ثم رجع البائع بعد انفصال الولد ، ففي المسألة **قولان مشهوران** : **أحدهما** ـ أنه يرجع في الولد أيضاً ؛ فإنه كان موجوداً حالة العقد ، وسبيل كل ما ملك على البائع بالبيع أن يرجع إليه بالرجوع .

والقول الثاني ـ أنه لا يرجع الولد إليه ؛ فإنه كان صفةً حالة العقد غير موثوق بها ،

---

(١) ر . المختصر : (٢/ ٢٢٠) .

(٢) في الأصل : للمجلس .

ش ٢٢٠ وهو الآن عبدٌ مملوك مستقلٌّ بنفسه، [فقدرناه][١] كأنه وجد جديداً بعدَ البيع/ . وبنى الأصحاب هٰذين القولين على القوْلين في أن الحمل هل يعرف ؟ فقالوا : إن قلنا : إنه يعرف ، فيرجع إلى البائع من حيث كان موجوداً حالة العقد . وإن قلنا : لا يعرف ، فكأنه لم يكن حالة البيع ، وإنما تجدد من بعد .

والأولىٰ في ذلك ما ذكرته في التوجيه من كون الحمل صفةً ، وكون المنفصل عبداً مستقلاً ، ويجعل تجدد الاستقلال كتجدد الوجود . وهٰذا أوْلىٰ في التوجيه علىٰ ضعفه من التعرض لكون الحمل مجهولاً ؛ فإنا إن شككنا في الحمل حالة اجتنانه ، فإذا انفصل لما دون ستة أشهر ، لم نشك بعد انفصاله في كونه موجوداً عند العقد .

٣٨٥٣ـ ولو باع جارية حائلاً ، ثم علقت بمولود بعد البيع ، وأفلس المشتري وأراد البائع الرجوعَ ، والجارية حامل ، فظاهر النص أن الحمل يرجع إلى البائع ، ويتبع الجارية ، كما يتبعها حالة البيع ، حتىٰ يصير المشتري أولىٰ بالتَّبع[٢] .

وخرّج الأئمة قولاً آخر : أن الحمل لا يرجع إلى البائع[٣] في هٰذه الصورة ؛ فإنه إنما يرجع [إليه][٤] ما كان موجوداً حالة العقد ، وليس الحمل كزيادة متصلة .

٣٨٥٤ـ ونصُّ **الشافعي** دليل علىٰ أن الحمل لا ينفرد باعتبارٍ ، وليس له قسط من الثمن ، وسبيله التبعية . فإن قلنا : يرجع الحمل إلى البائع كما يقتضيه النص ، فلا كلام . وإن قلنا : يبقىٰ للمشتري وغرمائه ، فلا ينبغي أن يمتنع رجوع البائع بالجارية بسبب حملٍ لا يرجع إليه ؛ فإنا وإن منعنا بيع جارية في بطنها حملٌ حرٌ ـ علىٰ تفصيل قدمناه ـ فلا يمتنع الرجوع لمكان الحمل .

والقول في هٰذا وفي كيفية الرجوع في الجارية دون الحمل ، وفي معنى الرجوع فيها دون الولد المنفصل ، علىٰ قولنا بمنع التفريق بين الأم وولدها كلامٌ لا يتصور

---

(١) في الأصل : فيقدر تارة .
(٢) التبع : أي الحمل .
(٣) في الأصل : المشتري .
(٤) زيادة من (ت٢) .

الوفاء ببيانه إلا بعد تقديم فصل الغراس والبناء . وهو إذا اشترى الرجل أرضاً وغرسها ، [أو][١] بنىٰ عليها ، فأفلس وأراد بائع الأرض الرجوعَ بالأرض . وهـٰذا الفصل يأتي مستقصىً ، إن شاء الله بعد هـٰذا ، على القرب ، ثم نعقبه بما ذكرناه من الحمل والولد المنفصل الذي يمتنع التفريق بينه وبين الأم .

هـٰذا منتهىٰ مرادنا الآن في الحمل .

٣٨٥٥- فأما إذا باع شجرة وعليها طلع لم يؤبر ، فلأصحابنا في الثمار غيرِ المؤبرة ، وفي تشبيه استتارها بالأكِمَّة باستتار الجنين بالأم ، وتشبيه ظهورها بالتأبير بظهور الحمل بالولادة اضطراب[٢] . ونحن نجمع جميع مرادهم تحت سياق الترتيب . وقد ذكرنا أربع صور في الحمل ، فنقابل كلَّ صورة منها بصورة في الطلع .

٣٨٥٦- فلو باع نخلة وعليها طلع لم يؤبر ، فأفلس المشتري ، وكان رجوع البائع قبل أن يؤبر ، فهـٰذا يناظر ما لو باع جارية حاملاً ، فأفلس المشتري وهي حامل ، وقد ذكرنا ثَمَّ أن البائع يرجع في الجارية الحامل ، فتنقلب إليه ، كما خرجت عن ملكه . ونحن نقول في الثمار : إنها ترجع مع النخلة إلى البائع ، على اتفاق ، ولا حاجة إلىٰ ترجيح محل الإجماع علىٰ محل الإجماع . وإذا/ ذكرنا الترتيب في صور الخلاف بان غرضنا . ٢٢١ ي

٣٨٥٧- ومن صور الحمل ألا يوجد في طرفي البيع والرجوع ، بل تَعْلَقُ بعد البيع ، وتلد قبل الرجوع ، فلا حظ لبائع النخلة في الثمار ؛ فإنها لم تكن موجودة حالة العقد ، [ثم بدت وظهرت ، وزايلت حدَّ التبعية قبل الرجوع .

٣٨٥٨- ومن صور الحمل أن يكون الحمل موجوداً حالة العقد][٣] ، ثم ينفصل قبل الرجوع ، وفيه قولان ، ونظيره من الثمار ، ما لو باع نخلة عليها طلع لم يؤبر ، ثم يؤبّر قبل الرجوع . وفي هـٰذه الصورة قولان أيضاً ، مرتبان على القولين [في][٤] نظير هـٰذه

---

(١) في الأصل : وبنىٰ .
(٢) « اضطراب » مبتدأ مؤخر ، خبره المقدم : « فلأصحابنا في الثمار . . . » .
(٣) ساقط من الأصل .
(٤) في الأصل : ونظير .

الصورة من الحمل ، والثمارُ أولىٰ بأن يَرجع فيها البائع ، والسبب فيه أنها وإن تبعت الشجرة في معظم تسميتها ، فهي مقصودة في نفسها ، ويسوغ في المذهب الظاهر إفرادها بالبيع ، فكأنها جُعلت مقصودةً في العقد ، فكانت بالرجوع أولىٰ ، والحمل كأنّه صفة ، والولادة كأنه التجدد والحدوث ، كما ذكرناه في توجيه القولين .

٣٨٥٩ـ ومن صور الحمل ألا يكون موجوداً حالة العقد ، ويحدث العلوق به بعد العقد ، ثم يتفق وقتُ الرجوع والحمل في البطن ، فقد ذكرنا **قولين في الحمل** : **أظهرهما ـ** أنه يرجع في الحمل ، **والقول الثاني ـ** أنه يبقىٰ للمشتري ، ونظير هـٰذا من الثمر ما لو باع نخلة ، لا طلع عليها ، ثم أطلعت ولم تؤبر ، وحان الرجوع ، ففي الثمار قولان مرتبان على القولين في الحمل . فإن قلنا : لا يرجع البائع في الحمل ، فلأن لا يرجع في الثمرة التي لم تؤبر أولىٰ . وإن قلنا : يرجع البائع في الحمل من حيث إنه غير مقصود ، فهل يرجع البائع في الثمر أم لا ؟ فعلىٰ قولين . والفرق أن الثمر مقصود في نفسه ، قابل للإفراد بالبيع ، ولم يكن موجوداً حالة العقد ، فرجوعٌ بشيء مقصودٍ إليه لم يكن موجوداً حالة العقد بعيدٌ ، بخلاف الحمل ؛ فإن كونه مقصوداً مختلفٌ فيه ، فكان رجوعه إلى البائع أقربَ من الجهة التي اختلفت في كونه مقصوداً .

هـٰذا بيان ترتيب المذهب في الثمار والحمل في الصور الأربع .

فَصْلٌ

قال : « ولو قال البائع : اخترت عين حقي قبل الإبار ، وأنكر المفلس . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٨٦٠ـ فرّع **الشافعي** رضي الله عنه هـٰذا الفصل على القول المنصوص الظاهر ، وهو أن من باع نخلة ، فأطلعت بعد البيع ، وأفلس المشتري قبل التأبير ، وأراد الرجوع ، فله أن يرجع في الثمار مع الأشجار . ولو أُبرت الثمار قبل الرجوع ، لم يرجع البائع في الثمار وفاقاً . ومضمون الفصل مُدارٌ علىٰ هاتين الصورتين .

---

(١) ر . المختصر : (٢/ ٢٢٠) .

٣٨٦١ـ فلو قال البائع : رجعتُ والثمار غيرُ مؤبرة ، فهي لي ، وقال المشتري : بل رجعتَ بعد التأبير ، فالثمار لي تصرف إلىٰ غرمائي ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الأصل إبقاء ملكه في الثمار ، والأصل عدم رجوعه أيضاً .

فإن قيل : قد تقابلَ قولُنا : الأصل عدم الرجوع و[قولُنا][1] : الأصلُ عدم التأبير ، فتعارضا ، وتقابلا ، فليخرّج ذلك علىٰ تقابل الأصلين .

قلنا : تعارض القولان كما ذكره السائل ، والأصل بقاء الملك للمشتري .

ثم إذا جعلنا القولَ قولَ المشتري ، وأراد البائع تحليفه ، فلا يتأتىٰ منه تحليفه ما لم يدَّع عليه العلمَ بتقدّم رجوعه علىٰ وقوع التأبير ، ولو كلفه أن يحلف أنه ما رجع قبل التأبير ، كان مكلفاً إياه ما لا سبيل إليه .

ولو أقر البائِعُ بجهل المشتري بتاريخ الرجوع ، فيكون مسلماً له الثمرة ؛ إذ مبنى الأَيْمان المتعلقة بنفي فعل الغير علىٰ أن تتضمن نفي العلم بها ؛ [إذ][2] ليس/ في القوة البشرية درْكُ القطع بانتفاء ما يمكن من فعل الغير ، فإن لم يدع البائع العلمَ ، بقيت الثمار للمشتري وغرمائه . ٢٢١ ش

فإن ادعىٰ علمَ المشتري بتقدم رجوعه على التأبير ، فيحلف المشتري علىٰ ذلك ، فإن حلف بالله أنه لا يعلم أنه رجع قبل التأبير ، انفصلت الخصومة ، واستقرت الثمرة للمشتري علىٰ ذلك .

وإن حلف المشتري على البت بالله أنه لم يرجع ، فالخصومة تنفصل أيضاً بهـٰذه اليمين ، وإن كان المشتري يُعدُّ مجازفاً ، ومحملُ يمينه البتُّ والقطعُ علىٰ أمور مظنونة .

ومعظم الناس لا يميزون بين العلم وغالب الظن ، فاليمين الباتة [تفيد][3] ما يفيده اليمين النافية للعلم . هـٰذا إن حلف .

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : وليس .
(٣) في الأصل : مفيد .

٣٨٦٢ـ فإن نكل المشتري ، فهاهنا وقفة ؛ فإن البائع لو رددنا عليه اليمين ، وحلف ، لفاز بالثمار .

فلو قال الغرماء : لئن قصر المشتري ونكل ، فالثمار لو ثبتت له ، لكانت مصروفةً إلينا ، فلئن لم يحلف ، فنحن نحلف ، فلا تردُّوا اليمين على البائع ، فنقدم علىٰ ذلك أصلاً قريباً منه ونقول :

٣٨٦٣ـ إذا مات الرجل وعليه ديون ، فادعىٰ ورثة المديون ديناً للميت ، وأقاموا به شاهداً ، ونكلوا عن اليمين معه ، فهل للغرماء أن يحلفوا ؟ فعلىٰ **قولين مشهورين** .

ولو ادّعى المفلس ديناً له علىٰ إنسان ، وأقام شاهداً واحداً ، ثم لم يحلف معه ، فقال الغرماء: نحن نحلف معه، حتىٰ إذا ثبت الدين صُرف إلينا ، ففي المسألة **طريقان**: **أحدهما** ـ تخرّج المسألة علىٰ قولين كما تقدم في ورثة المديون والغرماء ، **والطريقة الأخرى** ـ القطع بأنهم لا يحلفون ؛ فإن صاحب القصة ـ المتوفَّىٰ في المسألة الأولىٰ ـ وقد مات وأشكل أمره، فإذا حلف الغرماء لم يظهر نقيض الصدق في أيمانهم. والمفلس صاحب القصة في مسألتنا، فإذا امتنع عن اليمين ، تمكنت التهمة من الغرماء إذا حلفوا.

فنعود بعد ذلك إلى اختلاف البائع والمشتري في الرجوع والتأبير ، فنقول :

٣٨٦٤ـ إن لم يحلف المشتري ، فهل يحلف الغرماء ؟ فعلى الطريقين المذكورين فيه إذا أقام المفلس شاهداً علىٰ دينٍ ، ولم يحلف معه ، فأراد الغرماء أن يحلفوا، لا فرق بين المسألتين ؛ فإن نكول المفلس فيهما جميعاً يجرّ تهمة إلى الغرماء ، علىٰ أن الغرماء ليسوا مستحلفين من جهة المدعي ، وإنما هم يقتحمون اليمين ويبغونها ، والأصل المستحلَف ناكلٌ ، وأيمانهم علىٰ صورة النيابة عن يمين المشتري ، والنيابةُ لا تتطرق إلى الأيمان في وضعها .

ونذكر لاستكمال هـٰذا الفن مسألة أخرىٰ ، ثم نرجع إلىٰ ترتيب المسألة ، فنقول :

٣٨٦٥ـ لو أقر المفلس لإنسانٍ بدَيْنٍ ، فقد اختلف قول **الشافعي** في قبول إقراره في الحال ، وسيأتي ذكر ذلك . فإن قبلنا إقراره ، فلا كلام ، وإن لم نقبل إقراره بسبب الغرماء ، فهل للمقَر له أن يحلِّف الغرماء ؟

قال **العراقيون** : في المسألة **طريقان** ، على العكس مما تقدم : فمن أصحابنا من قال : في **المسألة قولان** ؛ لأن الغرماء ليسوا أصولاً في الخصومة ، والخصومة وإن أمكنت النيابةُ فيها، فلا نيابة في الأيمان ، **والطريقة الأخرى** ـ القطعُ بأنهم يحلفون/ ؛ فإنهم ليسوا نائبين عن المفلس في أيمانهم ، والخصومة موجهة عليهم ، ولولا حقوقهم ، لنفذ إقرارُ[1] المفلس، فإذا أرادوا أن يأخذوا أموالهم، ويحرموا المقرَّ له، فقد انتصبوا خصومه. ٢٢٢ ي

عدنا إلىٰ ترتيب المسألة : إذا نكل المشتري عن اليمين .

٣٨٦٦ـ فإن قلنا : الغرماء يحلفون ، فيحلفون علىٰ نفي العلم ، كما كان المشتري يحلف لو رغب في اليمين ، وإن قلنا : إنهم لا يحلفون ، فترد اليمين على البائع . وكذلك إن قلنا : إنهم يحلفون ، ونكلوا ، فإن نكل البائع عن يمين الرد جُعل نكوله كحلف المشتري ، وبقيت الثمار للمشتري يتضارب فيها غرماؤه .

وإن حلف المشتري فقد قال الأصحاب : هـٰذا يخرّج الآن على الاختلاف في أن يمين الرد تنزل منزلة البينة المقامة للخصومة ؟ أم تنزل منزلة إقرار المدعَىٰ عليه ؟ وفيه اختلاف معروف .

وهـٰذا أوان تقريره .

فنذكر ما سرده الأصحاب علىٰ وجهه . قالوا :

٣٨٦٧ـ إن قلنا : يمين الرد كالبينة ، قضينا بالثمرة للبائع ، كما لو أقام بينة علىٰ تقدّم رجوعه على التأبير ، وإن قلنا : يمين الرد كإقرار المدعىٰ عليه ، فتخرج المسألة علىٰ قولين مبنيين علىٰ أن المفلس لو صدّق البائع ، وأقر له بما يدعيه من الثمار ، فهل يُقضىٰ له بموجب إقراره على الغرماء ؟ وفيه قولان [مرتبان][2] : فإن رأينا قبول إقراره ، فلا كلام ، وينفذ القضاء بالثمرة للبائع ، وإن رأينا ردَّ إقراره وقد نزلنا يمين البائع منزلة إقرار المشتري بحقوق الغرماء مقدمةً في الحال ، فيتضاربون في الثمار تضاربهم في سائر أصناف الأموال .

---

(١) (ت٢) : إقرارهم .
(٢) ساقطة من الأصل .

فإن قيل : فاليمين التي أقدم عليها البائع لاغيةٌ في عقباها ، فلم حلّفتموه ؟ قلنا : ليست لاغيةً ؛ فإنّ تيك الثمار لو فصلت عن الديون ، بأن وجدنا في السلع التي كنا نبيعها من يشتريها بأكثر من أثمانها ، وفصلت الثمار ، وانطلق الحجر ، فهي مصروفة إلى البائع بيمينه .

٣٨٦٨ـ فإن قيل : نراكم تذكرون هـٰذا الأصل تارة ، وتزيفون البناء عليه ، وأنتم الآن لم تظهروا تزييفة ، فأظهروا آراءكم[١] فيه .

قلنا : نعم، إنما نزيف التلقي من هـٰذا الأصل إذا كان يفرِّع المفرع عليه بما يُفضي إلىٰ إزالة ملك الغير بعد ثبوته له ، ولا تعلق للخصومة به ، مثل أن يقرّ الراهن لأحد المتداعيين بالتقدم بالرهن والإقباض ، وينفذ الحكم بإقرار المالك الراهن ، فإذا ادعى الآخر على الراهن ، وحلّفناه ، فنكل ، ورددنا اليمين على المدعي ، فمن قال من أصحابنا : إنا إذا جعلنا يمين الرد بمثابة البينة ؛ فإنا نسترد الرهن من المقر له [أولاً][٢] ، فهـٰذا مزيف لا سبيل إلى اعتقاده ؛ من قِبل أن الإقرار الأول قد نفذ ، فنقضُه بسبب إنكار المقر ونكوله محال ؛ فإنه لو صرح بالرجوع ، لم يكن لتصريحه بالرجوع عن الإقرار حكم ، وحَلْفُ[٣] المردود عليه قولُ خصمه ، والقضاء عليه بيمين خصمه ـ وكان معه في رتبة المدعين[٤] ـ محال . هـٰذا هو الذي يزيّف ويُطَّرح .

٣٨٦٩ـ فأما إذا توجهت الدعوىٰ على المفلس ، فهو المخاطب بالخصومة ، ولو ثبت له ملك ، لكان له ، ثَمَّ صَرْفُه إلىٰ ديونه ، قد يكون وقد لا يكون ، وإن اتفق ذلك ، فهو من مصلحته أيضاً، ولا يمكننا/ أن نقول : للغرماء حق ثابت في هـٰذا المتنازع فيه ، لم يثبت بعدُ ، فيجري التفريع علىٰ أن يمين الرد كالبينة ، أو كالإقرار في مثل هـٰذه الصورة ، وذلك أنه لم يثبت بعدُ للغرماء حقٌ في الثمار ، والمفلس ذُو عبارة صحيحة في الخصومة ، فإذا انتظم من مخاصمته انتهاء الأمر إلىٰ يمين الرد ، فلا يمتنع

ش ٢٢٢

---

(١) (ت٢) : فابدوا رأيكم .
(٢) في الأصل : وإلا .
(٣) بسكون اللام وكسرها . (مصباح) .
(٤) في (ت٢) : « المدعيَيْن » .

القضاء به ، ويكون ذلك منعاً للغرماء مما يرونه لأنفسهم ، ولا يكون قطعاً لحقوقهم .

٣٨٧٠ـ فإن قيل : إذا كنتم تردون إقرار المفلس في الحال ، فلا يمتنع عليه أن يواطىء كلَّ من يريد الإقرار له حتىٰ يدعي عليه ، فينكر ، وينكل ، فيرد اليمين عليه . قلنا : هـٰذا لو لم يكن لليمين بالله تعالىٰ موقع في النفوس ، وهي معظمة في دين الله تعالىٰ ، فمن أنكر أثرها ، لم يبعد إنكار أثر الأَيْمان كلها . ومن هاهنا ينشأ التردد في أنه بينة ، أم هي نازلة منزلة إقرار الخصم .

٣٨٧١ـ ومما يتم به التفريع في هـٰذا الطرف أنا إن قضينا بيمين البائع[1] في الحال ، فلا كلام .

وإن أبَيْنا القضاء بيمينه ، فحكم هـٰذا أن يفوز الغرماء بالثمار ، ويعود حق البائع إلىٰ مطالبة المشتري بعد انفكاك الحجر عنه .

٣٨٧٢ـ فلو قال البائع للغرماء : احلفوا لي بالله لا تعلمون تقدّمَ رجوعي على التأبير ، فهل له أن يحلّفهم ؟ فعلىٰ طريقين ذكرناهما الآن : **إحداهما ـ** القطع بأنهم يحلفون ، لما سبق تقريره . فإن رأينا ذلك ، وحلفوا ، فذاك ، وإن نكلوا ردّت اليمين على البائع مرة أخرىٰ في الخصومة الجديدة ، وكأن اليمين الأولىٰ من البائع لم تكن ، ثم إذا حلف بعد نكول الغرماء ، قُضي له بالثمار ، لا محالة .

فهـٰذه صورة تنجَّز الكلام فيها .

٣٨٧٣ـ فلو صدّق المشتري البائع فيما ادعاه من استحقاق الثمرة ، وكذبه الغرماء ، فالمسألة تخرّج على القولين في أن إقرار المفلس هل يقبل في الحال ؟ فإن قبلنا إقراره ، فلا كلام . وإن رددناه ، فالبائع المقر له هل يحلّف الغرماء ؟ فعلىٰ ما ذكرناه من اختلاف الطريقين .

٣٨٧٤ـ ولو ادعى البائع ما ادعاه ، فكذبه المفلس ، وصدقه جميع الغرماء ، وانتجزت الخصومة بين البائع وبين المفلس ، فإن حلف المفلس علىٰ ما أوضحنا كيفية

(١) في (ت٢) : الرّد .

حلفه ، فلا يقبل تصديق الغرماء للبائع في وجوب تسليم [الثمرة][١] إليه ، غير أنهم لو أرادوا أن يطالبوا المشتري بتسليم تلك الثمار إليهم عن جهة ديونهم ، لم يكن لهم ذلك من قِبل اعترافهم بأنهم لا يستحقونها ، فتبقى الثمار في يدي المشتري ، لا تسلم إلى البائع ، ولا يتعلق بها الغرماء لإقرارهم السابق . ثم لا يملك المشتري التصرف فيها ؛ لأنه محجور عليه علىٰ حالٍ ، وقد يظهر له غرماء لسنا نعرفهم الآن .

ثم إن ضاق المال عن الديون ، فالمفلس يلتمس من الحاكم أن يصرف إليهم تلك الثمار ، فيما يصرفه إليهم . فإن قالوا : نحن نعلم أنها مغصوبة ، فلِمَ يكلفنا أخذَها ؟ قلنا : لا يقبل قولكم في حق المفلس ، والحجر مطرد عليه ، وغرضه ظاهر في حصول براءة ذمته عن ديونه ، فخذوا الثمار عن حقوقكم ، أو أبرئوه عن مقدارها من الديون ، على نظرٍ في ذلك نستقصيه .

ي ٢٢٣ فإن أخذوها ، حكمنا ببراءة المفلس عن أقدارها من الديون/ ثم كما[٢] ثبتت أيديهم على الثمار ، لزمهم الرد على البائع لاعترافهم السابق ؛ فإن إقرارهم إن كان مردوداً على المفلس وما يتعلق بأمره ، فهو مقبول عليهم . وهـٰذا بيِّنٌ في قواعد الشريعة .

٣٨٧٥ـ ولو قالوا: لا تكلفونا قبض الثمار ، ولا تصرفوا أثمانها إلينا ، ونحن نرضىٰ برفع الحجر عنه ، فهل يجبرون علىٰ قبض ذلك ؟ فعلىٰ **قولين** . وهـٰذا هو الأصل الذي تكرر مراراً ، من قِبل أن الغرماء إذا كانوا لا يدّعون للمفلس مالاً ، سوىٰ ما في يد الحاكم ، واعترفوا بأن الثمار ليست له، فالحجر ينفك، أو يفك، علىٰ تفصيل يأتي لا محالة ، إن شاء الله . إلا أن يدّعوا له مالاً خفياً ، وسيظهر أثر ذلك من بعد .

فكأن المشتري مديون أتىٰ بمالٍ ليصرفه إلىٰ مستحق الدين ، فأبىٰ عن قبوله ، وزعم أنه غصبٌ ، فقوله بأنه غصب مردود ، وهل يجبر علىٰ قبوله ؟ فعلى **القولين المشهورين** في أن من جاء بدين مؤجل عليه أو حالٍّ ، فامتنع المستحِق عن قبوله ، فهل يجبر عليه أم لا ؟

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) كما : بمعنىٰ عندما .

هـٰذا حاصل الكلام في ذلك .

٣٨٧٦ـ ولو جاء المكاتَب بالنجم ، فقال السيد : إنه مغصوب ، لم يقبل قول السيد ، وأجبر على القبول ؛ فإن للمكاتب غرضاً صحيحاً في قبول ما جاء به ، وقول السيد مردود عليه .

نظير هـٰذا من مسألتنا ما لو امتنع الغرماء من قبول الثمار ، وأبَوْا أن يفكوا الحجر ، وزعموا أن له مالاً سوى الثمار مغيّباً ، وكانت الديون تتأدىٰ بالثمار ، فيجبر الغرماء حينئذ على القبول ؛ لظهور غرض المفلس في استفادة انفكاك الحجر .

هـٰذا فيه إذا كذب المفلس البائع ، وصدقه الغرماء .

٣٨٧٧ـ فأما إذا كذب المفلس البائع ، كما ذكرناه ، وانقسم الغرماء ، فصدّق بعضهم البائعَ ، وكذبه آخرون ، فالأولىٰ أن يَرفُق الحاكمُ بالمصدقين ، ويصرف الثمرة إلى المكذبين ، ويصرفَ إلى المصدقين صنفاً آخر ؛ فإنه لو لم يفعل ذلك ، وصرف إلى المصدق شيئاً من الثمرة ، لكان ذلك خسراناً عليه[1] ، من جهة أنه يلزمه تسليمه إلى البائع المقَر له .

ثم يُبيّن المصدقَ والمكذبَ حكمٌ نصفه في صورة . فنقول : الثمرة خمسمائة ، وللمفلس ألف سواها ، وله غريمان لكل واحد منهما ألفٌ . فإذا صرفنا الخمسمائة إلى المكذّب منهما ، وبقي الألف بين المصدق والمكذب ، فلو قال المصدق : ضارب في الألفِ بخمسمائة ؛ فإنها حقك بزعمك ، فالألف بيننا أثلاثاً أضرب فيه بسهمين ، وتضرب فيه بسهم ، فكيف السبيل ؟ اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : تقسم الألف ثُلثاً وثلثين بينهما ، ويؤاخذ المكذب بإقراره . وقد قال : قبضت من حقي خمسمائة . هـٰذا وجه ظاهر .

ومنهم من قال : يضارب المكذب المصدق في الألف الباقي علىٰ نسبة التشطير ، ويقول : ألفي باقٍ علىٰ زعمك ، وأنت مؤاخذ بإقرارك ، وقد فرّطتَ وضيعتَ

(١) أي على المصدق .

مضطرَبَك ؛ إذ صدقت البائع ، فيرجع من الألف خمسمائة إلى المكذب ، ويتوفر عليه حقُّه كملاً .

ش ٢٢٣ **٣٨٧٨ـ** وما ذكرناه من أمر الحاكم بتسليم الثمرة إلى المكذب كيف قولنا/ فيه ؟ أهو حتمٌ ؟ أم للحاكم أن يقسط الثمرة على المكذب والمصدّق ؟ ذكر **العراقيون** في ذلك **وجهين** : **أحدهما** ـ أنه لا يجوز للحاكم صرفُ الثمرة إلى المصدّق إذا أمكنه صرفُها إلى المكذِّب لما فيه من [التخسير][1] . **والثاني** ـ لا يجب على الحاكم رعاية هـٰذا ، وإنما يُمضي حكمَه وقضاءَه علىٰ قول مَنْ جعل الشرعُ القولَ قولَه ، والأصح أنه يجب عليه رعايةُ هـٰذا ، فإنه ناظِرٌ للمسلمين ، فلا يجوز أن يسعىٰ في إيذائهم من غير غرض .

فصل

قال : « وإن وَجَدَ بعضَ ماله ، كان له بحصته . . . إلى آخره »[2] .

٣٨٧٩ـ وهـٰذا مما سبق تقريره فيما مضىٰ ، ولـٰكنا نعيده لغرضٍ لنا ، فنقول إذا باع شيئين بثمن وسلمهما ، فأفلس المشتري ، وقد تلف في يده أحدُ الشيئين ، فقاعدة المذهب أنه يرجع بالعين الباقية ، ويأخذها بما يخصها من الثمن ، ويضارب الغرماء بما يخص العين الفائتة من الثمن .

هـٰذا هو الأصل .

٣٨٨٠ـ وذكر **صاحب التقريب والعراقيون** في هـٰذه المسألة ، وفي كل مسألة تضاهيها أن من أصحابنا من خرّج هـٰذا علىٰ أصلٍ ذكرناه في تفريق الصفقة ، وهو أن من اشترىٰ عبدَيْن ، فتلف أحدهما قبل القبض ، وانفسخ العقد فيه ، وأجاز[3] المشتري البيع في الباقي ، الخِيَرةُ بتمام الثمن[4] أو بقسطه ؟

---

(١) في الأصل : التنجيز .

(٢) ر . المختصر : (٢/ ٢٢٠) .

(٣) (ت٢) : « واختار » .

(٤) قال الإمام هناك ـ في باب تفريق الصفقة ـ : « إن القول بالإجازة بتمام الثمن لا اتجاه له ، ولولا اشتهاره في النقل ، لما ذكرناه »

فعلىٰ **قولين** : فقال قائلون : هاهنا يخرّج هـٰذان القولان أيضاً ، ففي قولٍ ، نقول للبائع : خذ العين القائمة[١] بجميع الثمن ، أو دَعْها ، وضارب بجميع الثمن .

وفي قولٍ ، نقول : يأخذ ما وجد بحصته ويضارب الغرماء بحصته من الثمن .

والقول المذكور في أن العقد يجاز في العبد الباقي بعد تلف العبد الآخر بتمام الثمن ، في نهاية الضعف ، والمصير إلىٰ ذلك القياس في هـٰذا المقام خرقٌ لنظم المذهب بالكلية .

٣٨٨١ـ وطرد هـٰذا القائل هـٰذا المسلك في الشفعة ، فقال : من باع سيفاً قيمته مائة ، وشقصا قيمته عشرة ، بمائة وعشرة ، فجاء الشفيع يطلب الشقص ؛ فنقول في قول: خذ الشقص بجميع الثمن ، أو دع الشفعة ، وفي قول نقول : خذ الشقصَ بنسبته .

وهـٰذا الآن عندي قريب من خرق الإجماع ، فالوجه القطع بأن البائع يرجع فيما بقي ويأخذه بقسطه ، ويضارب بقسط من الثمن .

فإن قيل : كيف نعتبر قيمة الفائت[٢] والباقي ؟ قلنا : نحن علىٰ قرب عهدٍ بهـٰذا ، فالفائت بمنزلة الثمار في المسألة العويصة في صدر الكتاب إذا[٣] صوَّرنا فواتها ، والعبد الباقي بمثابة الشجرة الباقية . وقد ذكرنا تفصيل المسألة علىٰ أحسن مساق .

فَصْلٌ

قال : « ولو كانت داراً ، فبنيت، أو أرضاً، فغرست. . . إلى آخره »[٤] .

هـٰذا من فصول الكتاب ، فليخصِّصْه الناظر بتثبُّت في الفكر .

٣٨٨٢ـ إذا باع الرجل أرضاً من إنسان ، وسلّمها ، فغرسها المشتري ، أو بنىٰ فيها ، ثم أفلس . وما كان أدّى الثمن ، والأرض مبنية و[٥] مغروسة ، فالوجه التنبيه

---

(١) (ت٢) : الباقية .

(٢) (ت٢) : التالف .

(٣) كذا في النسختين ، و(إذا) هنا بمعنى (إذ) وهو استعمال صحيح ، نبه إليه إمام النحاة ابن مالك (ر. شواهد التوضيح والتصحيح : ٦٣) .

(٤) ر . المختصر : (٢/ ٢٢٠) .

(٥) كذا . ولعلها : أو مغروسة .

لمثار الإشكال في المسألة أولاً ، ثم نخوض فيها بعون الله وتوفيقه .

٣٨٨٣ـ فنقول : المشتري بغرسه وبنائه متصرف في ملك نفسه ، وليس أيضاً علىٰ رتبة مستعير ؛ فإن العاريّة عرضة الاسترداد ، [و][1] لما أفلس وقد تمهد في الشرع أن البائع يرجع إلىٰ عين ماله ، وعين ماله عتيدة ، ولـٰكنها مُغيَّرة . والجمع بين تفريغ الأرض له وبين رعاية حق المشتري والغرماء عَسِر ، فكيف السبيل ؟ فنقول أولاً : / إن طمع البائع في أن يقلع البناء والغراس مجاناً وتحبَطَ[2] قيمة البناء والغراس ، ويرد إلى النقض والحطب[3] ، فهـٰذا طمع محال ؛ فإن المشتري لم يكن غاصباً ، وإنما يُنقض علىٰ هـٰذا الوجه بناء الغاصب وغراسه .

ي ٢٢٤

فلو قال البائع : لست أرجع في عين الأرض إلا علىٰ هـٰذا الوجه ، قلنا : فلا مرجع لك إذاً ، فضارب الغرماء بالثمن ، واقنع بما يخصك .

وإن كان لا يبغي البائع هـٰذا المحال[4] ، ولـٰكن أراد أن يرجع إلىٰ عين حقه ، ومعلوم أن الأرض البيضاءَ أكثرُ قيمة من الأرض المبنية والمغروسة ، إذا كانت تباع دون الغراس والبناء ، فلا بد وأن يتداخله نقص .

فإذا تنبه الفقيه لهـٰذا ، ولما ذكرناه ، فعبارات الأصحاب فيها بعض الإيهام والخبط . وأنا بعون الله تعالى آتي بمقصود الطرق علىٰ أقرب صيغةٍ إن شاء الله تعالىٰ .

فأقول :

٣٨٨٤ـ حاصل ما ذكره الأئمة في ذلك أقوالٌ : **أحدها** ـ أنا نجعل البائع واجداً عين ماله ، فليرجع فيها من غير أن يعتقد جواز القلع مجاناً ، وله أحكامٌ[5] علىٰ هـٰذا القول سأصفه في التفريع .

---

(١) زيادة من (ت٢) .
(٢) تحبط : تهلك . (من باب تعب).
(٣) النقض والحطب : أي مخلفات الهدم ، وقلع الزرع . وفي (ت٢) : النقص والحبط .
(٤) المحال : أي الرجوع في الأرض ، وإتلاف البناء والغراس ، علىٰ صاحبها .
(٥) (ت٢) : احتكام .

والقول الثاني ـ أنا نجعل بائع الأرض فاقداً عين ماله . فإن قيل : لم ذلك ؟ وهو يقول : أنا أقنع بالأرض ناقصةً ، ولا أقلع الغراس والبناء ؟ قلنا : قد جرى البناء بحق ، وقيمته علىٰ مبلغ لو كانت الأرض معه ، ولو رجع البائع بعين ماله ، لنقص البناء وإن لم يقلع ، فتضمن ذلك غضاً من قيمة البناء . وقد أُنشىء[1] بحق ، وليس كما لو كان المبيع مجرداً ، لا يؤدي الرجوعُ فيه إلىٰ تنقيص حق المشتري . ويتم وجه هـٰذا القول بأن الباني يغرَم في البناء أموالاً يجبرها قيمة البناء ، فإذا قطعنا الأرض عن البناء، تضمن ذلك تخسيراً للمشتري ظاهراً ، وهـٰذا يضاهي الردَّ بالعيب القديم مع عيب حادث ؛ فإنه لو تسامح[2] ، كان استدراك ظلامة في ضمن إلحاق ظلامة .

هـٰذا بيان هـٰذا القول .

٣٨٨٥ـ وذكر بعض أصحابنا قولاً ثالثاً ، وهو أن البائع يرجع في عين الأرض ، ولـٰكن لا يمكن بيعها ، فتباع الأرض مع البناء ؛ حتىٰ لا يؤدي إلى التخسير ، ويجعل البائع الراجع شريكاً ، بمثابة صاحب الثوب غير المصبوغ إذا صبغ المشتري ثوبَه ، علىٰ تفاصيلَ ستأتي ، إن شاء الله عزّ وجلّ ، ثم الثوب المصبوغ يباع ويوزع الثمن علىٰ قيمة الثوب والصبغ ، وهـٰذا عدلٌ في رعاية الحقين ؛ فلا صاحب البناء يبيع بناءه وحده ، ولا صاحب الأرض ، بل تباعان .

ومن سلك المسلك المقدم ، استبعد الحجر علىٰ صاحب الأرض في بيعه أرضَه ، وقال : ليس ذلك كالثوب والصبغ ؛ فإن إفراد أحدهما بالبيع غير ممكن ، فاضطررنا إلىٰ بيع الثوب في الحقين .

٣٨٨٦ـ وحكى **العراقيون** قولاً آخر بعيداً ، وقالوا : إن كانت قيمة البناء أكثر ، فليس بائعُ الأرض واجداً عينَ ماله . وإن كانت قيمة الأرض أكثر ، فصاحبُ الأرض واجدٌ لعين ماله . ولعل هـٰذا القائل يذهب مذهب اتباع الأقل [و][3] الأكثر ، ولم

---

(١) في النسختين : أنشأ .
(٢) (ت٢) : ساغ .
(٣) مزيدة من (ت٢) .

يتعرضوا لاستواء القيمتين ، وهـٰذا يقل قدره عن إتعاب الفكر في تفريعه .

٣٨٨٧ـ والآن نفرع على الأقوال ، فنقول : من قال : إنه فاقدٌ لعين ماله ، فنجعل حقه في المضاربة بالثمن ، ومن قال : إنه واجد وليس وجدانه علىٰ مذهب الشركة التي ثبتت في الثوب المصبوغ ، فظاهرُ التفريع علىٰ هـٰذا القول أنه إذا رجع في عين الأرض ، ثبتت له سلطنة ، وهي خِيَرةٌ بين ثلاث خلالٍ . فإن أراد بذْلَ قيمة البناء والغراس ثابتين ، وإن أراد قلعَهما ، وضمن ما ينقصه القلع/ . وإن أراد بَقَّاهُما وألزم من يبقى البناء له أجر المثل له[1] في المستقبل .

ش ٢٢٤

والتعيين في كل خصلة من هـٰذه الخصال إلى البائع الراجع ، وكأنا أحبَبْنا[2] ردَّ الأرض عليه كما خرجت عن ملكه ، فصدّنا عنه امتناعُ إبطال البناء والغراس ، فأثبتنا له رتبةَ سلطان المالكين ، حتىٰ كأن البناء صدر عن إذنه ، وكأنه المعير . ومن أعار أرضاً حتىٰ نبتت وغرست ، فمآل الأمر يؤول إلىٰ ما ذكرناه .

٣٨٨٨ـ ومن تمام البيان في ذلك أن الغرماء لو امتنعوا عن قبول هـٰذه الأشياء ، واختلفوا : فعيّن البائع خصلة وطلبَ الغرماءُ والمشتري خصلة ، فكيف السبيل والحال هـٰذه ؟ اختلف أصحابنا في هـٰذه المسألة : فمنهم من قال : إذا [استيقن][3] منهم النكد[4] ، وظهرت المخالفة ، قُلع الغراس والبناء مجاناً ، كما يفعل ذلك بين المعير والمستعير ؛ فإن المستعير إذا أبىٰ قبول خصلة من الخصال التي ذكرناها ، قُلع غراسه مجّاناً . وقد نزّلنا البائع على التقدير الذي ذكرناه منزلة المعير . هـٰذا وجه .

والوجه الثاني ـ أنهم وإن خالفوا ولم يقبلوا ، لم يُقلع بناؤهم مجاناً ، ولـٰكنا نقول للبائع : ماذا تريد ؟ فإن أراد القلع ، قلعنا ، ولهم ما ينقصه القلع . وإن أراد تملك البناء والغراس بالقيمة ، ملّكناه تلك الأعيان ، وألزمناه قيمتها . وإن أراد أن يلزمهم الأجرة ما أبقَوْا البناء والشجر ، ألزمناهم ؛ فلا حاجة إلىٰ تعطيل حقوقهم ، وقلع بنائهم

---

(١) عبارة (ت٢) : من يبقىٰ له البناء أجر المثل في المستقبل .

(٢) وكانا أجنبيين .

(٣) (ت٢) : استقر .

(٤) النكد : العناد ، والمعاسرة . (معجم).

وغراسهم مجاناً ، ونحن نتمكن من تحصيل ما يريده البائع في[1] الخِيَرَات الثلاث .

نعم، إذا عاند المستعير ، ارتفع عذرُ المعير ، وجاز له استرداد الأرض كما كانت من غير غرم ، وسنستقصي ذلك في كتاب العاريّة . والمشتري لا يعتمد بناءه وغراسه إذنا متعرضاً للرجوع، ولـٰكنه اعتمد ملكه الثابت ، فلا حاجة لتعطيل تصرفه وتخسيره ماله .

٣٨٨٩ـ وإن فرعنا علىٰ أن بائع الأرض يرجع فيها رجوع بائع الثوب بعد صبغه ، فمعنىٰ ذلك أن الأرض والغراس أو البناء يباعان معاً ، ويوزّع الثمن عليهما ، فما خص الأرض كما سنصف التوزيع ينفرد البائع به، وما خص البناء ، فهو للمشتري وغرمائه .

ومن امتنع من بيع ما أضفناه إليه ، أُجبر على البيع ؛ فإنا لو كلفنا واحداً أن ينفرد ببيع ملكه ، لكان ذلك مضراً به مُخسراً إياه ، وسبيل الأرض والبناء في هـٰذه القاعدة ـ وهي الحَمْل علىٰ بيعهما ـ كسبيل الثوب والصبغ ، علىٰ ما سنذكره .

هـٰذا بيان هـٰذا القول على الجملة . وتمام بيانه موقوف علىٰ بيان كيفية التوزيع .

٣٨٩٠ـ وقد اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : تقوَّم الأرض دون النخيل ، والبناء ، ثم مع النخيل ، والبناء ، فنقول : قيمتهما دونها مائة ، ومعها مائة وخمسون ، فيقسم الثمن أثلاثا بالغاً ما بلغ ، ثلثاه لمالك الأرض . ومنهم من قال : تقوّم الأرض دون النخيل والبناء ، فإذا قيمتها مائة ، ثم يقوّم البناء والنخيل دون الأرض ، فإذا قيمتهما مائة ، فيقسم الثمن بينهما نصفين ، وقد تقدّم نظير هـٰذا الاختلاف في الأصول السابقة .

٣٨٩١ـ ولو وهب رجل أرضاً بيضاء وسلمها ، وكان يثبت له حق الرجوع في الهبة ، فلو بنى المتَّهب وغرس فيها فرَجْع[2] الواهب في الأرض بعد بناء المتهب وغراسه ، كرجوع البائع في كل تفصيلٍ ، بلا فرق في الأقوال ، والتفريع عليها .

---

(١) (ت٢) : والخيرات .

(٢) في (ت٢): «رجع» (بهـٰذا الضبط). ورَجْع وزان (فَعْل) بسكون العين مصدر رجع يرجع رَجْعا ورجوعاً. (مصباح).

ي ٢٢٥ **٣٨٩٢ـ فَرْعٌ** : إذا باع الرجل/ جاريةً ، فولدت في يد المشتري وأفلس المشتري ، وكان الولد بحيث لا يرجع فيه بائع الجارية ، ومنعنا التفريق بين الأم وولدها ، فكيف يرجع البائع ، وليس الولد له ؟

ذكر **العراقيون وجهين** : **أحدهما** ـ أنه يقال له : إما أن تبذل قيمة الولد فتأخذه مع الجارية ، وإما أن يباعا معاً ، فتأخذ حصتك من الجارية ، وتدفع إلى الغرماء ما يقابل الولد .

والوجه الثاني ـ أنه يقال : إما أن تبذل بدلَ الولد ، وإما ألا نجعلك واجداً لعين مالك ، فتضارب الغرماء بثمن الجارية ، ويبطل حقك من الرجوع ، فإذا كان يرجع البائع في الجارية الحامل ، ولا يرجع في حملها علىٰ قولٍ في صورةٍ ، فلا وجه إلا المكث إلى انفصال الولد ، وعند ذلك يتفرع ما ذكرناه في الجارية ، وولدها من اختلاف الجوابين عن طريقة **العراق**[1] ، ولا يمكننا أن نقوّمها حاملاً ، ونقوّمها حائلاً ؛ فإن الحمل غير موثوق به قبل الانفصال ، فلا ينتظم توزيع يُهتدىٰ إليه . والأصحُّ ، وظاهر النص أنه يرجع في الحمل كما تقدم .

فَصْلٌ

قال : « ولو كانا عبدين بمائةٍ . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٨٩٣ـ صورة المسألة باع عبدين متفقي القيمة بمائةٍ ، وقبض خمسين ، فتلف أحدهما في يد المشتري وفُلِّس ، فقد اجتمع في المسألة تبعيضٌ في الثمن ، وتبعيض في المثمن ، فإن البائع قبض نصف الثمن ، وبقي في يد المشتري عبدٌ ، وهو علىٰ نصف قيمة المثمن . فالذي نص عليه **الشافعي** أن البائع يرجع في العبد الباقي ببقيّة الثمن ، فجميع المقبوض من الثمن في الهالك ، والباقي في القائم ، وصار في هـٰذا إلىٰ أن إحالة البائع على المفلس بشيء من الثمن مع أن الباقي من المثمن وافٍ بالباقي

---

(١) كذا في النسختين ، والمعنيُّ طريقة العراقيين.

(٢) ر . المختصر : (٢/ ٢٢٠) .

من الثمن لا وجه له ، وكأن هـٰذا القائل يجعل تعلق البائع بالمبيع في الثمن بمثابة تعلق المرتهن بالرّهنِ في مقابلة الدين .

وفي المسألة قول آخر ، خرّجه الأصحاب من أجوبة **الشافعي** في الصداق والزكاة . وهو أن المقبوض من الثمن يتوزع على التالف والباقي ؛ والباقي من الثمن يقابل التالف والباقي ، وهـٰذا يتضمن أن يرجع في نصف العبد القائم الذي في يد المشتري ، ويضارب الغرماء بما يقابل نصف التالف ، فيقع الرجوع في ربع الجملة ، وهو نصف العبد القائم ، وتقع المضاربة في ربع الثمن .

وهـٰذا القول المترجم بالشيوع اختيار **المزني** . وهو القياس . والقول الأول يُشهر بقول الحصر[1] .

وسنذكر حقيقة الشيوع في كتاب الصداق، إن شاء الله تعالىٰ .

فصل

قال : « ولو أكراه أرضاً ، ففلّس ، والزرع بقلٌ في أرضه . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٨٩٤ـ إذا أكراه أرضاً مدة ، ولم يقبض الأجرة ، وسلّم الأرض ، ثم أفلس المكتري ، فالمكري في بقية المدة بمثابة البائع الواجد لبعض المبيع بعينه ، والمنافع في المدة الماضية مستوفاة فائتة ، فلا يتوقع الرجوع فيها ، والمنفعة الباقية بمثابة بعض المبيع ؛ فللمكري أن يفسخ الإجارة في بقية المدة ، ويرجع إلىٰ قسطٍ/ من الأجرة ، في مقابلة المنافع المستوفاة . ٢٢٥ ش

هـٰذا هو المنصوص عليه ، وهو الذي قطع به جماهير الأئمة .

٣٨٩٥ـ وحكىٰ **صاحب التقريب** قولاً[3] غريباً أنه لا يثبت الرجوع بالمنافع ، وليست كالأعيان ؛ فإن الوجود لا يتحقق فيها ، وإنما الرجوع في الأعيان القائمة ، فلا

(١) في (ت٢): «يشهد لقول الحصر» .
(٢) ر . المختصر : (٢/ ٢٢١) .
(٣) (ت٢) : وجها .

مرجع[1] للمكري إلا إلى المضاربة بالأجرة المسماة ، ثم تلك المنافع في بقية المدة ينبغي ألا تضيع ، ولـٰكن تكرى الأرض في بقية المدة ، وتصرف أجرتها إلىٰ ديون المفلس .

وهـٰذا القول وإن كان يتجه بعض الاتجاه ، فليس معدوداً من متن المذهب .

فنعود إلى التفريع على النص ونقول :

٣٨٩٦ـ إذا أراد الرجوع إلى المنفعة في بقية المدة ، فالوجه تقويمها فيما يبقىٰ من الزمان ، حتىٰ إذا ثبت مقدار أجرتها ، قيس بمقدار أجرة المثل للمنفعة الماضية ، ثم يقع التوزيع على المبلغين ، فيأخذ المنفعة الباقية بما يساويها من الأجرة المسماة ، المنسوبة إلىٰ أجرة المثل ، ويضارب بما يقابل أجرة المنفعة الماضية من الأجرة المسمّاة . ولا تعويل علىٰ زمانٍ ؛ فإن الأوقات ليست معقوداً عليها ، وإنما المعقود عليه المنافع الواقعة فيها ، فهي لها ظروف مقدرةٌ ، كالآصع والمكاييل للمكيلات ، ومبَالغ الأجر تتفاوت بكثرة الراغبين وقلتهم ، فيعتبر ذلك ، لا الزمانُ نفسه ، وقد تقع المنافع في الزمان الماضي وفي المستقبل في مواسم الرغبات ، فالمسكن في موسم الحج قد يكترىٰ بالمائة ، وأيام الموسم شهرٌ أو أقل ، وذلك المسكن يكترىٰ في طول السنة بعشرة ، فلا بد من اعتبار هـٰذا . وسنصفه إن شاء الله تعالىٰ .

٣٨٩٧ـ ولو كان أكرىٰ [أرضاً][2] وسلَّمها ، فزرعها المكتري ، وفُلِّس ، واختار المكري الرجوعَ إلى المنفعة في بقية المدة ، فليفعل ذلك ، وليفسخ الإجارة ، ولا سبيل إلىٰ [قلع][3] الزرع ؛ فإنه زرع بحق الملك . ولا يجوز للمكري القلع بشرط ضمان النقصان ، بخلاف ما ذكرناه في الغراس والبنيان . والسبب فيه أن الغراس والبنيان لا ينتهيان إلىٰ أمدٍ في الزمان ، فلم يبعد التسليط فيهما على القلع بشرط الضمان ، والزرعُ له أمد معلوم .

---

(١) (ت٢) : فلا يرجع المكري .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) في الأصل : بيع .

وأقرب المسالك في استدارك الحقوق جُمَع تبقيةُ الزرع . ثم فائدة فسخه الإجارةَ أنه يرجع إلىٰ أجرة المثل للمدة الباقية ، لا يضارب بها ، بل يُقدَّم بها ، كما نُقدِّم مَنْ تعامل بعد الإفلاس معاملة تليق باستصلاح أموال المفلس ، فيرجع بأجرة المثل فيما بقي من المدة مقدَّماً بها ، ويضارب بأجرة مثل ما سبق من المنافع الغرماءَ .

٣٨٩٨ـ وقد كنا ذكرنا أن من باع أرضاً وسلمها ؛ فزرعها المشتري ثم أفلس ، ورجع البائع إلىٰ عين الأرض ، فالزرع يبقىٰ إلى الحصاد، كما ذكرناه ، ثم لا يرجع البائع بأجرة مثل الأرض في تلك المدة ، وفرقنا بين الشراء والاكتراء ، بأن المكتري خاض في العقد علىٰ ضمان المنافع ، والمشتري لم يخض علىٰ ضمان المنفعة . هـٰذا ما ذهب إليه جميع الأصحاب .

٣٨٩٩ـ وحكىٰ **صاحب التقريب** قولاً مخرجاً عن **ابن سريج** في أن البائع إذا فسخ البيعَ ، ورجع في المبيع[1] ، استحق أجرة المثل/ لبقية المدة ؛ فإن الأرض انقلبت إلىٰ ملكه ، والمنافع المحتسبة بسبب إبقاء الزرع تالفة من حقه وملكه ، فلتُضمن له . ٢٢٦ ي

وأقرب نظير في هـٰذا أن المشتري لو بنىٰ وغرس ، فأراد البائع الراجع في المبيع أن يُبقي البناءَ والغراسَ ، ويُلزم المفلسَ أجرة المثلِ مدة بقاء البناء ، فله ذلك ، وهـٰذا أجرة منفعة في عاقبة بيعٍ فُسخ بالإفلاس ، فلا فرق بين منافع الأرض في مدة الزرع وبين منافعها في آمادٍ من البناء ، إلا أنَّ لإحدى المنفعتين أمداً محدداً .

وهـٰذا منقاسٌ بالغ .

ولـٰكن المذهب المشهور ما ذهب إليه الجمهور ، من أن منفعة الأرض في مدة الزرع في صورة البيع لا تقابل بأجرة ، وتعتقد كأنها تابعةٌ ، ومدةُ مهلة في تفريغ المبيع .

٣٩٠٠ـ ثم ما ذكرناه من أن الزرع لا يقلع عَنَيْنا به أن المكري لا يملك القلع بحق الفسخ ، فلو طلب الغرماء القلع ليتعجلوا ميسور حقوقهم ، أجيبوا . ولو كان المكري

---

(١) (ت٢) : البيع .

من الغرماء بسبب المنفعة المستوفاة في الزمان الماضي ، فله المطالبة بالقلع لحق تعجيل الدين ، لا لحق الفسخ . وهـٰذا مما سبق تقريره .

ولو اتفق الغرماء على التبقية ، واحتيج إلى السقي ، والتعهدِ إلى الإدراك ؛ فإنْ تطوَّع الغرماءُ بهـٰذا ، فلا كلام، وإن أرادوا بذلَ المؤنةِ علىٰ أن يُقدَّموا بها ، ورضي المفلس ، واقتضت المصلحة ذلك ، أجيبوا إلىٰ هـٰذا .

فلو فرضنا غريمين لا غيرَ ، ثم قَدَّما المؤنة علىٰ نسبة حقَّيهما ، فإن لم يَبْدُ غريمٌ غيرُهما وحقوقهما تزيد علىٰ مبلغ المال ، فلا يظهرُ أثرُ تقديمنا للغريمين ما عجلاه من المؤنة ؛ فإن المال كلَّه مصروف إلىٰ حقوقهما . وإن فرض بُدُوُّ غريمٍ ثالث ، فإذ ذاك يتبين أثر تقديمنا للغريمين بما عجلاه لمؤنة تبقية الزرع .

وهـٰذا واضحٌ لا خفاء به .

فصل

قال : « وإن باعه زيتاً فخلطه بمثله . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٣٩٠١ـ إذا اشترىٰ زيتاً وخلطه بما عنده ، لم يخل : إما أن يخلطه بجنسه ، وإما أن يخلطه بما ليس جنساً له ، فإن خلطه بجنسه : إما أن يخلطه بمثله ، أو أردأ منه ، أو أجود منه ، فإن خلطه بزيتٍ مثله ، أو أردأ منه ، فظاهر النص أن بائع الزيت واجدٌ عينَ ماله ، وسبيل رجوعه إلىٰ عين ماله القسمةُ فإن كان الخلط بالمثل ، وكان خلطه مكيلةً بمكيلةٍ ، فالقسمة على السّوية .

وإن خلطه بأردأ منه ، فالقسمة على السوية أيضاً .

ثم إذا رَدَدْنا من هـٰذا المختلط مقدار المبيع إلى البائع، فلا شك أن حقه ناقص ، ولـٰكن ما لحقه من النقص ملحقٌ بعيب يفرض طريانه . وإذا عاب المبيع ، ثم أفلس المشتري وأراد البائع الرجوع إلىٰ عين المبيع ، فيلزمه أن يقنع بالمبيع معيباً . ولا يرجع بأرش .

---

(١) ر . المختصر : (٢/ ٢٢١) .

وهـٰذا كلامٌ منّا مُبْهمٌ في صدر الفصل ، ولا ينتجز الفصل إلا بعد انكشاف الغطاء، إن شاء الله تعالىٰ .

هـٰذا إذا كان الخلط بالمثل أو الأردأ .

٣٩٠٢ـ فأما إذا خلط المشتري الزيتَ بزيت ـعنده ـ أجود[١] ، فهل يكون البائع واجداً عين ماله ؟ تردد قولُ **الشافعي** فيه ، فقال في أحد القولين : إنه واجد كما إذا وقع الخلط/ بالمثل أو الأردأ ، وكما لو باع ثوباً فصبغه المشتري فبائع الثوب واجد[٢] عينَ ماله ، وإن اتصل به عينُ مال المشتري اتصالاً لا يقبل التمييز، علىٰ ما سنذكر هـٰذا على الاتصال بهـٰذا الفصل . ٢٢٦ ش

وقال في القول الثاني : البائع فاقدٌ ـ في الحكم ـ عينَ المبيع . قال **الشافعي** : لأن الذائب إذا اختلط بالذائب ، انقلب . وأشار إلىٰ أن عين المبيع لا يمتاز أصلاً ، ولا يتأتى امتيازه حساً ودَرْكاً . وليس كالثوب يُصبغ ، والسَّوِيقُ يُلتُّ بالسّمن ؛ فإنّ أحد الجوهرين ممتازٌ في الدرك .

ثم إنّ أصحابنا لما رأَوْا **الشافعي** يتعلق بانقلاب الذائب ، انعكسوا على الخلط بالمثل والأردأ ، فرأىٰ بعضهم أن يخرّج فيما مضىٰ قولاً أن البائع فاقدٌ عين ماله ؛ فإن المبيع لا يأتي تميُّزه فصلاً ، ولا دَركُه على التعيين . وقد ذكرنا أن من اشترىٰ حنطة ، فانثالت عليها حنطة أخرىٰ للبائع قبل التسليم إلى المشتري ، فهل يُقضىٰ بانفساخ العقد ؟ فعلىٰ قولين . وإذا كنا نجعل الاختلاط في قولٍ بمثابة تلفِ المبيع ، فلا يبعد أن يجعل الاختلاط بالمثل في يد المشتري بمثابة التلف .

ومن أصحابنا من أجرى الخلط بالمثل والأردأ على القطع ، وخصص القولين بما إذا كان الخلط بالأجود . وهـٰذا ظاهر النص ، ومقتضىٰ نظم كلام **الشافعي** . ويبعد عن موافقة مراده أن نقول : ما فصَّله ، ثم قطع جوابه في بعض التفاصيل ، ورودده في البعضِ لا فرق فيه .

وهـٰذا إن قيل به ردٌّ لكلام **الشافعي** ، وإبطالٌ لتقسيمه وتفصيله .

---

(١) في (ت): « أجود عنده ».

(٢) في الأصل : واجداً .

٣٩٠٣ـ ونحن نذكر تنبيهاً علىٰ قواعدَ في الخلط ، فنقول :

أما فرض الاختلاط في البيع قبل القبض ، فإنه جارٍ في ملكٍ غيرِ مُفضٍ إلى القرار ، وهو عرضةٌ للانقلاب إلى البائع ، فإن تردد القول ، وتمثل في انفساخ العقد عند اختلاط المبيع بمثله ، [فسببه](١) ما ذكرناه .

ولو كان للرجل ملكٌ مستقر في شيء دون شيء من ذوات الأمثال ، [فاختلط](٢) به ملكٌ لغيره مثلٌ له ، وليس بينهما عقد يُفسخ ، فالوجه قسمة ذلك المختلط بينهما ، لا طريق غيره . وليس في هـٰذه الواقعة عقد يتوقع رفعه ، بل الاختلاط في المثليات يصير بمثابة الشيوع في الملك ، فلا فرق بين أن يرث رجلان صاعين من الحنطة في أن طريق التفاصل القسمة ، وبين أن يختلط صاعٌ لأحدهما بصَاعٍ لآخر ؛ ولهـٰذا صحت الخلطة في المثليات عمدةً للشركة ، كما سنصف ذلك في قاعدة الكِتاب، إن شاء الله تعالىٰ .

وإذا باع شيئاً من ذوات الأمثال ، فخلطه المشتري بجنسه ، فهـٰذا خلط في معقودٍ عليه ، جرىٰ بعد قرار الملك ، ولـٰكن طريان الإفلاس يسلط البائعَ على الرجوع في المبيع ، فكان علىٰ مخالفة المبيع قبل القبض ، ولم يكن أيضاً كاختلاط ملك بملكٍ من غير فرض عقد ؛ فإن البائع إنما يرجع في المبيع لمكان البيع الذي جرىٰ . وهـٰذا يقتضي أن يرجع فيما كان مورداً للعقد . فألحق بعضُ الأئمة الخلطَ كيف فرض بالخلط قبل القبض ، حتىٰ يتردد القول في الخلط بالمثل والأجود والأرْدأ .

والوجه في المذهب ألا يُقضىٰ بأن الخلط في عينه يؤثر ، من قِبَل أنه جرىٰ في ملكٍ مستقر ، ولـٰكن إن أمكن فرض الرجوع من غير تعذر ، لزم إثباته ، وتنزيلُ الأمر على التفاصل الذي يجري بين الملكين إذَا اختلطا . وإن فرض تعذرٌ في طريق الرجوع كما/ سنصفه في الخلطِ بالأجود ، فينشأ منه تردُّدٌ في أن البائع هل يكون واجداً عين ماله ؟ وسبب التردد تعذر تصوير الرجوع إلى المقدار المبيع . وهـٰذا إنما يتبين بالتفريع . ي ٢٢٧

فهـٰذا بيان قاعدة الفصل ، في الفرق بين الخلط بالمثل ، والأردأ ، والأجود .

---

(١) في الأصل : سببه .
(٢) في الأصل : فالخلط .

٣٩٠٤ـ عُدنا إلى التفريع على القولين في الخلط بالأجود ، فنقول :

لو كان الزيت المشترىٰ يساوي درهماً ، وقد خلطه بمقدارٍ من الزيت الجيد مثلِ مقدار المبيع ، ولـٰكن كان قيمةُ الجيد درهمين . فإن قلنا : لا يكون البائع واجداً عين ماله ، ضارَب بالثمن ، وكان أُسوة الغرماء . وإن جعلناه واجداً عين ماله ، ففي طريق إيصالِه إلىٰ حقه من عين المبيع إذا اختار فسخَ البيع **قولان** : **أحدهما** ـ أن الزيتين يباعان ، ويوزع الثمن بالغاً ما بلغ على الثلث والثلثين . وهـٰذه النسبة مأخوذة من تفاوت القيمتين . هـٰذا قول .

والقول الثاني ـ أن الزيت المختلط يقسم بين البائع والمشتري علىٰ نسبة القيمة ثلثاً وثلثين، فإن كان المقدار المختلط مكيلتين ، قسمناها ثلثاً وثلثين، فرددنا إلى البائع ثلثي مكيلةٍ ، وبقَّينا على المشتري مكيلةً وثلثاً ، يضطرب فيها غرماؤُه .

٣٩٠٥ـ فإن قيل : هـٰذا صورة الربا ؛ فإنه سلّم مكيلةً ، وألزمتموه الاكتفاء بثلثي مكيلةٍ ، قلنا : هـٰذا القول يخرّج علىٰ أصلين : **أحدهما** ـ أن القسمة إفراز حق ؛ فإنا لو قدرناها بيعاً ، فلا مجاز لهـٰذا ؛ إذ حقيقته مقابلة مكيلة ببعضها ، ثم لا تخرج القسمة مع التفريع علىٰ أنها إفراز حق إلا علىٰ أصلٍ آخر ، وهو أن القسمة التي تبنىٰ علىٰ تعديل القيمة ، لا علىٰ تسوية الأجزاء ، هل يقع الإجبار عليها ؟ وهي كفرض قسمةٍ بين عبيدٍ ودورٍ وغيرها . بأن تُفصّلَ أقساماً معدَّلة القيم ، فتُوقع العبيدَ مثلاً في قسم ، والثيابَ في آخر ، والدور في آخر ، علىٰ ما يتفق من ضم بعض الأصناف إلى البعض ، فهـٰذا الضرب من القسمة هل يجري الإجبار فيها؟ فعلىٰ قولين، سنذكرهما في كتاب القسمة .

فإن رأينا الإجبار علىٰ مثل هـٰذه القسمة ، واعتقدنا أن القسمة إفرازٌ ، انتظم منه قسمة الزيتين علىٰ تعديل القيمة، من غير نظر إلى الجزئية . أما الربا ، فلا يلزم القول به ، لمصيرنا إلىٰ أن القسمة ليست بيعاً ، وأما الإجبار من غير جزئية تعويلاً على التعديل بالقيمة ؛ فإنه خارج على الأصل الآخر الذي ذكرناه .

٣٩٠٦ـ فإن قيل : هلا قسمتم الزيت بين البائع والمشتري نصفين ، وألحقتم ما ثبت من المزية بسبب الخلط بالأجود بالزيادات المتصلة ، ولو باع الرجل عبداً صغيراً ، فشبَّ ويَفَع في يد المشتري ، وتضعَّفت قيمتُه ، فالبائع يرجع في عينه ؟ قلنا :

لا سبيل إلىٰ ذلك؛ فإن عين ملك المشتري اتصل بالمبيع، فإلحاقه بالزيادات المتصلة لا وجه له . وما كان المشتري معتدياً فيما فعل ، فتخسيره وضم ماله إلىٰ مال الراجع محال . فلا وجه مع القول بكون البائع واجداً عينَ ماله إلا ما ذكرناه من القولين في كيفية الرجوع .

والأصح أنه يباع الزيتان ، ويقسط الثمن على القيمتين ؛ فإن القسمة علىٰ مخالفة الجزئية تقع علىٰ صورة الربا ، وإن تكلفنا له تخريجاً على الأصلين ، والشرع حرم مقابلة المطعوم بمثله ، وبأكثر من مثله ، لا لاسم البيع ، فلتحرم المقابلة علىٰ نعت المفاضلة كيف/ فرضت . ش ٢٢٧

٣٩٠٧ـ وذكر **صاحب التقريب** تصرفاً عن **ابن سريج** في خلط الزيتِ بالأردأ ، وذلك أنه قال : إذا كنا نرعىٰ مقدارَ قيمتي الزيتين عند التفاضل في العين ، أو عند البيع ، وقد اتفق الخلط بالأجود ، فيجب سلوك هـٰذه الطريقة في الخلط بالأردأ ، حتىٰ يقال : إذا كان [قيمة][1] الزيت المبيع درهمين والزيت الذي خلطه المشتري به درهماً ، فيتجه **قولان** : **أحدهما** ـ أنه يباع المختلط ، ويصرف ثلثا الثمن إلى البائع . **والثاني** ـ أنه يقسم الزيتان علىٰ هـٰذه النسبة ، فيصرف ثلثاه إلى البائع ، ويبقىٰ ثُلُثُه للمشتري ؛ فإنه إذا قسمنا الزيتين نصفين ، واعتقدنا الرداءة التي لحقت الزيت المبيع عيباً سماوياً ، لزمنا أن نعتقد الجودة التي لحقت في الخلط بالأجود زيادةً متصلة . هـٰذا ما يقتضيه الإنصاف والنظر للجانبين .

٣٩٠٨ـ ومن صار إلىٰ طريقة الجماهير ، فصل بين الجانبين بأن المشتري تصرف بحق ، ورجوع البائع إلىٰ عين المبيع ليس ضربة لازب ، فلا يجوز أن نعتبر جانبَ الرّاجع بجانب المشتري ، بل لا يبعد أن يقال للبائع : إما أن تقنع ، وإما ألا ترجع أصلاً ، فأما أخذ عين من مال المشتري ليستمر للبائع رجوعه ، وهو نقضٌ لبيعٍ لزم ، فهـٰذا لا سبيل إليه .

هـٰذا منتهى القول في المسألة .

٣٩٠٩ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا وقع الخلط بجنس المبيع ، فأما إذا وقع المزجُ بما

---

(١) ساقطة من الأصل .

لا يجانس المبيعَ ، فلا يخلو: إما أن يختلط اختلاطاً لا يبين [معه][(١)] في الحس لمدرِكٍ ، وإمّا أن يتميز المبيع في الحس للمدرِك ، وإن عسر تمييزهُ فعلاً . فأما إذا تحقق الاختلاط ، وعسر المَيْز والدرك ، مثل أن يختلط الزيت بدهن البان ، أو الشَّيْرج، فهـٰذا اختلاط مع اختلاف الجنس وتعذُّر التمييز بالفعل والدرك . فقد ذهب جماهير الأصحابِ إلى القطع بأن البائع فاقدٌ لعين ماله ، بخلاف ما إذا اتحد الجنس ؛ فإن القسمة يمكن فرضُها مع اتحادِ الجنس ، ولا يمكن تقديرها ، والجنس مختلف .

وهـٰذا ينقدح فيه احتمال ظاهر ، مع تحقق وجود المبيع ، وإمكان بيع المختلط ، فالوجه أن نقول : إذا جعلنا سبيل إيصال البائع إلىٰ حقه في الخلط بالأجود بيعَ المختلط ، وفَضَّ الثمن ، فهـٰذا ممكن و[(٢)] الخلطُ بغير الجنس .

٣٩١٠- وإن قلنا الطريق في إيصال البائع إلىٰ عين حقه القسمةُ ، فالقسمة عسرة مع اختلاف الجنس ، وقد ينقدح للفطن تخريجاً علىٰ قسمة التعديل ؛ فإن هـٰذا المنهج إذا احتمل مع التفاوت في المقدار نظراً إلى التعديل ، لم يبعد ذلك مع اختلاف الجنس . وهـٰذا لعمري محل النظر ؛ فإن قسمة التعديل في الأجناس المختلفة إنما تجري بسبب ثبوت الشيوع في كل جنس ، فيقع التفاصل بالتعديل من جهة القيمة . ولم يكن للمشتري قبل الشراء في الزيت شِرْك[(٣)] ، ولم يكن للبائع في البان شرْك ، وهـٰذا يعارضه زيادة المقدار ، أمّا تخريجه علىٰ قول البيع وفضّ الثمن ، فظاهرٌ لإدراكه .

والذي يعضد ذلك القسمُ الثاني ، وهو إذا خلط المبيعَ بجنسٍ يخالفه ، وكان متميزاً في الدَّرْك والإحساس . مثل أن يشتري صِبغاً ويصبغ به ثوباً عنده ، أو يشتري ثوباً ويصبغه بصبغ عنده ، فقد تحقق الاشتباك بين المبيع وغيره ، وأجمع الأصحاب علىٰ أن البائع واجدٌ عين ماله . هـٰذا متفق عليه .

ولا فقه في إمكان الرؤية[(٤)] بعدما تحقق تعذر/ التمييز بين الثوب والصبغ المعقود. ٢٢٨ ي

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) الواو هنا واو الحال .

(٣) شِرْك : نصيب .

(٤) في الأصل : إمكان الرؤية مع الرؤية .

ثم سبيل إيصال البائع إلىٰ حقه بيعُ الثوب المصبوغ ، وقسمةُ الثمن علىٰ قيمة الثوب والصبغ ، كما سنذكره بعد هـٰذا في مسائل الكتاب، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو اشترىٰ سويقاً ولتَّه بسمن عنده أو على العكس ، والسمن بادٍ على السويق حسَّاً ، فهو ملتحق بصبغ الثوب . وسيأتي إن شاء الله متصلاً بهـٰذا .

وقد نجزت أطراف المسألة ، ولم يبق فيها للناظر مضطرَب إلا فيما أصفه . فأقول :

٣٩١١ـ لو اشترىٰ مائةَ منٍّ من الزيت ، وخلطه بربع رطل عنده ، أو أقل علىٰ شرط أن يكون متمولاً ، والغرض بالتصوير أن يُفرض كونُ الأكبر غامراً للأقل ، وكونُ الأقل مستهلكاً فيه حساً .

وهـٰذا يحسن تصويره علىٰ قولنا : إن الاختلاط يُلحق المبيع بالمفقود والمعدوم . فإذا كان المبيع كما وصفناه، كيف السبيل ؟

قلنا : إن كان ذلك المقدار النزر بحيث لا يبين له أثر من طريق القدر ، وذلك بأن يفرض وقوعُ مثله بين الكيلين والوزنين . فإن كان كذلك ، فالوجه عندي القطع بكون البائع واجداً عين ماله ، ولا يحبَط حق المشتري مع ذلك ، فنرد عليه مقدار ما خلطه .

٣٩١٢ـ فإن كان هـٰذا المقدار النزرُ مبيعاً ، وكان الأكثر للمشتري ، فالظاهر عندي القطعُ بكون البائع فاقداً ، ولا يبعد خلافُ ذلك .

أما وجه الظهور، فلأن مثلَ هـٰذا المقدار لا يشيع في المقدار الكثير ، ولا يثبت على الانبساط في الجميع ، وليس كذلك إذا كان المبيع مقداراً بيِّناً يظهر اختلاطه ؛ فإنه إذا رجع لابد وأن يرجع إلىٰ شيء من عين ماله . فلا يبعد أن يقال : هو واجد ، ثم يسلم إليه مقدار المبيع من المختلط .

٣٩١٣ـ فإن كان الخلط بالأجود، فعلىٰ ما يقتضيه القولان ، والتفريع عليهما . وإن كان المقدار النزر بحيث يبين من الكيلين والوزنين ، ولـٰكنه مغمورٌ بالمقدار الكبير ، فيجوز أن يخرّج على التفاصيل المقدمة ، حيث لا غمر ، ويجوز أن يرتب علىٰ ما تقدم . وتجعل هـٰذه الصورة أولىٰ بأن يكون البائع واجداً إذا كان نصيبه كثيراً غامراً ، ويجعل أولىٰ بالفقدان إذا كان نصيبه مغموراً .

هـٰذا منتهى الفصل، والله أعلم .

فصل

قال : « وإن كان حنطة ، فطحنها ، ففيها قولان . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٣٩١٤ـ هٰذا من الفصول المنعوتة في الكتاب فلْيخُض الناظر فيه علىٰ أناةٍ مستعيناً بالله تعالىٰ . وسبيل بيان مضمونه أن نطرد ما ذكره الأصحاب مرتباً علىٰ أحسن مساق ، ثم ننعطف عليه ، ونتدارك مواقع الإشكال ، فنكون جامعين بين النقل ، وبين حلّ المُعْوصات ، فليقع في ابتداء الفصل [طرفٌ][(٢)] من حكم الصبغ ، ثم نبني عليه ما عداه ، ثم نختم الفصل باستقصاء القول في الصبغ ، فنسأل الله تعالى التأييد والتوفيق .

٣٩١٥ـ فإذا اشترى الرجل ثوباً وصبغه بصِبغ من عنده ، فالصِّبغ عين مال المشتري ألحقه بالثوب المشترَىٰ ، فإن لم يبن مزيدٌ في قيمة الثوب ، وانعقد الصبغ عليه ، وعسر التمييز ، فالصبغ ضائع . وذلك[(٣)] إذا اشترىٰ ثوباً بعشرة ، وصبغه بصبغ يساوي درهماً ، فإذا [كان][(٤)] الثوب مصبوغاً يساوي عشرة ، فنقول : ضاع الصبغ للمشتري ، ويرجع/ البائع إلى الثوب المصبوغ . اتفق الطرق عليه . والسبب [فيه][(٥)] أنه لو صبغ بشيء لا قيمة له ، وليس مما يتمول ، فلا يخفىٰ أنه لا وقع ، ولا أثر لما استعمله في الثوب ، فكذلك إذا لم [يبق][(٦)] للصبغ قيمة ؛ فإنه كان مالاً قبل الاستعمال ، والآن صار في حكم الصفة للثوب ، ولم يظهر له في الثوب قيمة ؛ ولأنه صار بالاستعمال غيرَ متمول .

٢٢٨ ش

وإن ظهر مزيدٌ في قيمة الثوب ، فصاحبُ الصِّبغ شريك في الثوب . وإذا بيع الثوب ، قُسِّط الثمن كما سنوضح تفصيلَه . وليس الكلام في الصبغ من غرضنا الآن .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢١ .
(٢) في الأصل : طرفا .
(٣) أي ومثال ذلك.
(٤) مزيدة لاستقامة العبارة .
(٥) ساقطة من الأصل .
(٦) في الأصل : (يبقىٰ) بدون حذف حرف العلّة . والمثبت من (ت٢) .

وإنّما ذكرنا هـٰذا المقدار ليبين للناظر كون الصبغ عيناً .

٣٩١٦ـ ونحن نبني الآن عليه القِصارةَ[١] في الثوب وما في معناها .

فإذا اشترىٰ رجل ثوباً على البت[٢] ، وقصره ، ثم أراد البائع الرجوع في الثوب ، فالذي أطلقه الأئمة في صدر الفصل أن قالوا : القِصارة في الثوب ، والطحن في الحنطة ، وما في معنىٰ هـٰذين أثرٌ في الثوب أم عين ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما ـ** أنه أثر . **والثاني ـ** أنه عين ، هـٰكذا عبر الأئمة عن القولين .

وقد ذكرنا أنا نسوق ترتيب الأصحاب ، ثم ننعطف علىٰ مواقع الإشكال .

٣٩١٧ـ والقدر الذي يلوح به القولان ويعلقان بالفهم إلىٰ تمام البيان : أنا إن قلنا : هـٰذه الصفات آثار ، فلا حكم لها ، ولا تعلق بها ، ومن له الاستحقاق في العين على استحقاقه ، لا يزاحم فيها .

وإذا قلنا : هـٰذه الصفات أعيانٌ ، أردنا أنها كالأعيان المشابكة للموصوفات بها ، كالصبغ في الثوب ، والسَّمن في السويق ، وما في معناهما . ومن حُكم هـٰذا القول أن يصير محصِّل هـٰذه الصفة شريكاً في الثوب ، كمالك الصبغ .

فإذا ظهرَ المراد من رسم القولين ، فهـٰذان القولان لا يجريان في جملة الصفات المتجددة ؛ فإن السِّمن ، وكبر الغلام وإرقال[٣] الشجر زوائدُ متصلة ، لا حكم لها ؛ فقال الأئمة : القولان يجريان في كل صفةٍ تحدث في العين ، يتسبب إلىٰ تحصيلها بفعلٍ يجوز الاستئجار عليه ، وتعدّ[٤] الصفةُ من آثار الفعل ، ثم لابد من ظهور الصفة . فلو استأجر المشتري من يحفظ الدابة المشتراةَ ، ويسوسها ، فهـٰذا فعل يجوز الاستئجار عليه ، ولـٰكن لا تظهر منه صفة في الدابة ، فإن هي كبرت ، فللترقي في السن ، وإن سمنت ، فمن العلف . والقصارة أثر يوقعه فعل القصّار في الثوب ، وكذلك الطحن في الدّقيق .

---

(١) القصارة : اسم للحرفة من قصرتُ الثوب قصراً : بيّضته . (المعجم) .
(٢) على البتّ : أي علىٰ طبيعته وهيئته . فالبتُّ : كساء غليظ من صوف أو وبر . (المعجم) .
(٣) إرقال الشجر : استطالته من أرقلت النخلةُ : طالت (معجم) . وفي (ت٢) : أوراق .
(٤) (ت٢) : ونقدر .

ويتصل بذلك ما يتعلق بالأخلاق كارتياض الدابة ، وتعلّم العبد الحرف ، فلتلتحق الأخلاق بالصفات التي تحسن .

هـٰذا بيان محل القولين .

٣٩١٨ـ ثم فرع الأصحاب في غير المفلس على القولين ، ثم اندفعوا في تفريع أحكام المفلس . فمما فرعوه في غير المفلس أن القصارَ المستأجَر على القصارة ، إذا قصر الثوبَ ، أو طحن الطحان البُرّ ، فهل يثبت للصّابغ حبسُ محل صُنعه ، حتىٰ يحبس القصار الثوب ، والطحان الدقيق إلىٰ أن يتوفر عليه الأجرة ، حَبْسَ البائع المبيع ـ إن رأينا له الحبس ـ إلىٰ توفية الثمن ؟ هـٰذا يُخرّج على القولين في الأثر والعين .

فإن جعلنا هـٰذه الصفات آثاراً ، فلا يجوز للعَمَلة حبسُ محالّ العمل بسبب الأجرة. وإن جعلناها أعياناً ، فالعَمَلةُ في حبس محال العمل كالبائع في حبس المبيع .

٣٩١٩ـ ومما فرعوه أن العامل إذا وفَّىٰ عملَه ، وأثبت الصفةَ المطلوبةَ في محلّها ، فلو تلف محلُّ العمل في يده قبل تسليمه إلى المالك ، فهـٰذا [يتفرّع][1] على الأثر والعين . فإن جعلنا القصارة أثراً ، فللعملة أجورُهم، وهي[2] لا تسقط/ بسبب تلف المحالّ في أيديهِم . وإن قلنا : إنها أعيان، سقطت أجورهم ، كما تسقط الأثمان بتلف الأشياء المبيعة في أيدي البائعين . ٢٢٩ ي

هـٰذا ما فرعه الأصحاب على القولين في حق غير المفلس .

٣٩٢٠ـ ثم اندفعوا في تفريع حكم المفلس ، فصوروا فيه صورتين : **إحداهما** ـ ألا يتعاطى القِصارةَ بنفسه ، ويحصلها بعمل أجيرٍ ، ويوفِّي أجرته قبل التفليس ، ثم يُفلس ، فهـٰذه صورة . وسنذكر الأخرىٰ إذا نجز الكلام في الأولىٰ .

فإذا جاء بائع الثوب ، فصادفه مقصوراً ، فهـٰذا يفرّع على الأثر والعين . فإن جعلنا القِصارة أثراً ، فإن البائعَ [أحق][3] بالثوب ، ولا حكم للقصارة ، وهي نازلة منزلة

---

(١) في الأصل : متفرّع .
(٢) (ت٢) : فهي .
(٣) مزيدة لرعاية السياق ؛ حيث سقطت من النسختين .

الزوائد المتصلة . هـٰذا اختيار **المزني** . والتمسك بالزوائد المتصلة احتجاجُه .

٣٩٢١ـ وإن حكمنا بأن القِصارة عين ، فهي في معنى الصبغ ، فنقول : إن كانت قيمة الثوب بعد القِصارة كقيمتها[(١)] وهي على البت ، فلا شركة للمفلس في الثوب والقصارة مُنمحقة[(٢)] . وقد ذكرنا ذلك في الصبغ المنعقد ، وهو جِرمٌ على التحقيق .

فأما إذا زادت قيمة الثوب بسبب القصارة التي حصلها المفلس ، فهو شريك بمقدار الزيادة : يُباع الثوب ويقسم الثمن علىٰ قيمة المِلْكين : الثوب والقِصارة ، فلو كان الثوب يساوي على البت عشرة ، وهو يساوي مقصوراً خمسة عشر ، فالقِصارة قيمتها خمسة ، فإذا بيع الثوب بخمسة عشر، فالعشرة مدفوعة إلى البائع ، والخمسة إلى المشتري ، يقتسمها الغرماء .

فلو لم يتفق بيعُ الثوب حتى ارتفعت القيمة إلىٰ ثلاثين ، فيضعّف حق البائع والمفلس ، والقسمة علىٰ نسبة الثلث والثلثين : للبائع عشرون ، وللمفلس عشرة بين غرمائه .

٣٩٢٢ـ ولو عهدنا الثوب بخمسة عشر على الترتيب الذي ذكرناه ، الثوب عشرة ، والقِصارة خمسة . ثم انحطت قيمةُ الثوب بالسوق إلىٰ عشرة ، فهي مقسومة بين البائع والمفلس ثلُثاً وثلثين . فينقص[(٣)] حقُّ كل واحدٍ بانحطاط السوق .

وإنما يظهر التصوير بما نذكره ، فنقول : كان الثوب على البت عشرة ، والنقصان خمسة . والآن يوجد ثوبٌ على البت بستة دراهم وثلثي درهم ، والقصارة في مثله لا يساوي إلا ثلاثة وثلثاً . فهـٰذا معنى الانحطاط .

ولْيميز الناظر هـٰذا عما قدمناه من أن القِصارة قد تنمحق في الثوب بألاّ يزيد في قيمته شيئاً ، وذلك بأن يكون الثوب على البت والثوب المقصور متساويين في القيمة . والذي ذكرناه أخيراً فرضُ نقصانٍ في [قيمة][(٤)] جوهر الثوب ، وصفة القصارة .

---

(١) كذا : بضمير المؤنث .
(٢) (ت٢) : متحققة .
(٣) (ت٢) : فينحط .
(٤) زيادة من (ت٢) .

٣٩٢٣ـ ولو ارتفعت قيمة الثوب دون القصارة ، فالزيادة للبائع ، ليس لصاحب القصارة فيها شيء . وبيان ذلك أن الثوب على البت كان عشرة ومع القصارة خمسة عشر . والآن صار الثوب على البت يشترىٰ ، بخمسة عشرَ ، وهٰذا المقصور يشترَىٰ بعشرين ، فالقصارة ما ازدادت قيمتُها ، وإنما الازدياد في جوهر الثوب . لا جرم نقول : يصرف إلى البائع من العشرين خمسةَ عشرَ ، ويصرف إلىٰ صاحب القِصارة خمسةٌ ، بلا مزيد .

٣٩٢٤ـ ولو فرض الارتفاع في القِصارة ، فالزيادة الحاصلة من أجلها مصروفة إلىٰ صاحب القِصارة . وتصوير ذلك أن الثوب [المقصور][١] كان يساوي خمسة عشر على الترتيب الذي ذكرناه ، عشرة للثوب وخمسة للقِصارة ، ثم صار هٰذا الثوب المقصور يساوي عشرين ، ونحن نجد ثوباً على البت مساوياً لهٰذا الثوب بعشرة ، فنستبين أن الزيادة منحصرة في قيمة القصارة ، لا جرم نصرفها إلىٰ مستحق القصارة ، ونبيع الثوب بالعشرين ، فنصرف نصف الثمن إلى البائع ، ونصفه إلى المفلس يتضارب/ فيه غرماؤه . ثم إذا تمهدت عندنا نسبة في قيمتي الثوب والقِصارة ، فلو وجدنا زبوناً يشتري الثوب رغبةً[٢] بأكثر من قيمته [بالقصارة][٣] ، فالمأخوذ منه مقسّط على النسبة التي تمهدت عندنا في القيمتين ، فالثوب الذي جعلناه نصفين ، وهو يساوي عشرين ، لو اشتراه راغب بثلاثين ، فللبائع من الثلاثين خمسةَ عشرَ ، وللمشتري خمسةَ عشرَ ، في الصورة الأخيرة .

٢٢٩ ش

ولا يخفىٰ قياس الباب .

فلو قال قائل : إذا ارتفعت قيمة القِصارة ، كما صورتم في الصورة الأخيرة ، فهلاّ قلتم : يرجع من الزيادة شيء إلىٰ بائع الثوب ؛ فإن القصارة ما قامت إلا بثوبه ، وهو حاملها ؟ فهلاّ كانت القصارة كالبناء يَسْتَجِدُّه المشتري في الأرض المشتراة ؟ قلنا : حقيقة هٰذه الصورة تحل هٰذا الإشكال ، وتدفع هٰذا السؤال ؛ فإنا في الأرض المبنية

---

(١) في الأصل : المصبوغ .
(٢) (ت٢) : برغبة .
(٣) زيادة من (ت٢) .

لا نزيد لمالك الأرض علىٰ قيمتها بيضاء ، وقد تنقص ، على اختلافٍ ذكرناه للأصحاب في كيفية التوزيع . وإذا نحن وفينا مالكَ الثوب قيمةَ ثوبه علىٰ ما باعه من غير قِصارة ، فطمعه في الزيادة والمشتري قصر بحقٍّ طمعٌ في غير مطمع .

هٰذا الذي ذكرناه كلامٌ في إحدى الصورتين في المفلس .

٣٩٢٥ـ الصورة الأخرىٰ : أن يشتري ثوباً ، ويستأجر من يقصره ، فيقصره الأجير ، ولا يتوفر عليه الأجرة ، ويُفلس المشتري ، فللأجير تعلُّقٌ بالقِصارة علىٰ قول العين ، فيزدحم على الثوب القصارُ للقِصارة التي حصَّلها ، وبائع الثوب . فنقول : إن حكمنا بأن القِصارةَ أثر، فلا أثر لها، ولا حكم، وبائع الثوب يرجع إلى الثوب المقصور، ولا يُزاحَم فيه ، والأجير أُسوة الغرماء ؛ يضاربهم بالأجرة ، من غير تعلّق بالعين[1] .

وإن قلنا : القصارة عينٌ ، فللأجير على الجملة تعلق ، فإن لم [يزدد][2] بالقصارة[3] أولاً شيء في قيمة الثوب ، وكان الثوب مقصوراً يساوي عشرة ، ولو فرض على البت ، لكان يساوي عشرة ، فالثوب مسلّم إلى البائع بلا زحمة ، وقد انمحقت القِصارة ، وصارت مستهلكة .

فأما إذا زاد بالقصارة شيءٌ ، فنقول: أجرة القِصارة درهمٌ وقيمة القصارة خمسةٌ ، فالثوب على البت عشرة ، وهو مع القصارة خمسة عشر، فإذَا بيع بخمسةَ عشرَ ، فالعشرة لبائع الثوب ، والدرهم للقصّار ، يقدم به على الغرماء ، لتعلقه بعين القصارة ، وأربعة دراهم للمشتري يتضارب فيها غرماؤه . هٰكذا نص **الشافعي** .

ولو استأجر الأجيرَ بخمسة ، والثوبُ على البت عشرة ، وهو بعد القصارة أحدَ عشرَ ، فإذا بعنا الثوب بأحدَ عشرَ ، سلمنا عشرة إلىٰ مالك الثوب ، ودرهماً إلى القصّار ـ علىٰ قول العين ـ يقدم بها ، ويضارب الغرماء ببقية أجرته ، وهو أربعة .

هٰذا تفريع **الشافعي** ، والأصحابِ علىٰ قولي الأثر والعين . وقد تخطينا مواقع الإشكال لإنهاء الترتيب نهايته .

---

(١) (ت٢) : بالثوب .
(٢) في الأصل : يزداد . والمثبت من (ت ٢) .
(٣) (ت٢) : أولاً بالقصارة .

[و][١] الآن ننعطف عليها بعد وقوع الإيناس ، وتتبُّع مظنة كل إلباس[٢] . ونبدأ بخاتمة الكتاب .

٣٩٢٦ـ فإن قيل : فرّع **الشافعي** علىٰ قول العين ، فاقتضىٰ ذلك أن يقال : ليس للقصّار إلا القصارة ، إذا أراد التعلق بها ، ويلزم من مساق هـٰذا أن نقول : إذا كانت قيمة القصارة خمسة ، وأجرة القصارة درهماً[٣] ، فأراد الرجوعَ في القِصارة ، فينبغي أن يفوز بقيمة القِصارة ، وهي الخمسة بتمامها ، ولا نظر إلىٰ أجرته ، نقصت ، أو زادت ؛ فإن الأجرة كالثمن ، والقصارة كالعين المبيعة . وقد قال **الشافعي** : إذا كانت الأجرة درهماً ، فليس للقصّار إلا درهم ، وهـٰذا يناقض التفريع علىٰ قول العين .

ثم تمام السؤال أن الأجرة لو كانت خمسة ، وقيمة القصارة درهم ، فإذا آثر القصّار التعلق بالقصارة ، وجب ألا تثبت له إلا القصارة ، كالمبيع/ إذا قلت قيمته ، وزاد مبلغُ الثمن عليها ، فإذا أراد البائع الرجوعَ ، لزمه الاكتفاء بالمبيع . وقد قال **الشافعي** : إذا كانت القصارة درهماً ، والأجرة خمسة ، أخذ القصار الدرهم ، وضارب بالأربعة الباقية . وهـٰذا أيضاً يخالف قياس قول العين .

٢٣٠ ي

٣٩٢٧ـ وقد اعتاص[٤] علىٰ كثير من الأصحاب الخروج عن عهدة هـٰذا السؤال ، ولا يبيّن الغرضَ فيه إلا التصريحُ بحقيقة هـٰذا القول ، وكنا لا نقدر على البوح به قبل الإحاطة بمجامع المسألة ، وتقاسيمها[٥] . فالآن نقول : ليست القصارة علىٰ قول العين عيناً على الحقيقة ، مملوكة ، تباع وتشترىٰ ، ويتصرف فيها بالرجوع والاسترداد حسب ما يتصرف في الأعيان . هـٰذا محال تخيُّله مع العلم بأن القصارة صفةٌ . والدليل عليه أن المشارك في الثوب بالقصارة ليس مالكَ عين ، ولو كانت القصارة عيناً ، للزم

---

(١) مزيدة من (ت٢) .

(٢) إلباس : من أَلْبَس الأمر إذا أشكل عليه واشتبه واختلط (المعجم)، وهي في (ت٢) مصحفة إلى (الناس).

(٣) خبر كانت المفهومة من العطف .

(٤) اعتاص : صعب وعسر .

(٥) في (ت٢): ونقائصها .

أن يقال : من غصب ثوباً وقصره ، وزادت قيمة الثوب بسبب القصارة ؛ فيصير شريكاً في الثوب، كما لو صبغ الثوبَ بصِبغٍ من عنده . وقد اتفق العلماء علىٰ أنّ الغاصب يصير شريكاً في الثوب إذا صبغه بصِبغٍ من عنده ، ولا يصير شريكاً إذا قصره .

فحاصل قولنا : « القصارة عين » أنها صفة مقصودة ، يتعلق بها العامل المُوقعُ لها تعلق اختصاص كما يتعلق المرتهن بالرهن .

هـٰذا قولنا في الأجير .

أمَّا إذا أضفناها إلى المشتري ، فله فيها حقيقة الاستحقاق ؛ لأنها وقعت في ملكه . وإذا تبين أن تعلق الأجير على النحو الذي ذكرناه ، فإن كانت الأجرة درهماً ، وقيمة القصارة خمسة ، فلا يزاد الدين بزيادة قيمة الرهن . وإن كانت الأجرة خمسة والقصارة درهماً ، فإذا صرفت القصارة إلى الأجرة ، كان ذلك كصرف الرهن إلى الدين . وإذا نقص ثمنُ الرهن عن مبلغ الدين ، فالفاضل من الدين يبقىٰ لا محالة .

فتمهد مما ذكرناه أن القصارة ليست في حكم المملوكة للأجير ، وإنما تكون في حكم المملوكة للمشتري .

٣٩٢٨ـ وهـٰهنا الآن **غلطتان** نذكرهما ، لا ليلتحقا بالمذهب ، ولـٰكن ليتبين وجه الغلط : **إحداهما** ـ أن الأجرة إذا كانت درهماً ، والقصارة خمسة ، والثوب عشرة ، فقد ذكرنا من نص **الشافعي** أن الثوب إذا بيع بخمسةَ عشرَ ، فللبائع الراجع عشرةٌ ، وللأجير درهم ، وللمشتري أربعة . فلو زادت قيمة الثوب ؛ فاشتري بثلاثين ، قال **شيخي** في دروسٍ[1] : يتضاعف حق كل ذي حق ، فلصاحب الثوب عشرون ، وللأجير درهمان ، وللغرماء ثمانية . أما تضعيف حق صاحب الثوب ، وتضعيفُ حق الغرماء فبيّن ؛ فإن الثوب ملكُ البائع الراجع ، والقصارة مستحقة للمشتري، فارتفاع قيمة المستحق ليس بدعاً ، فأما تضعيف الأجرة ، فلا وجه له ؛ فإنا ذكرنا أنّه ليس مستحقاً للقصارة ؛ إذ لو كان مستحقاً ، لفاز بجميعها فَوْزَ البائع بجميع المبيع ، وإن ارتفعت قيمته . فالوجهُ القطع بأنه علىٰ [درهمه][2] ولـٰكنه مقدم به لتعلّقه بالعين كما يقدم

(١) كذا . ولعلها في دروسه .

(٢) في الأصل : درهمٍ. والمثبت من (ت ٢) .

المرتهن بالدين الموثق بالرهن ، فذلك الدرهم إذاً للمشتري ؛ فإنه من قيمة القصارة ، وليس للبائع إلا ثلثا الثمن ، وما سلّم إلى القصّار من حساب القصارة . فهٰذه غلطة .

٣٩٢٩ـ الغلطة الأخرىٰ[١] ، وهي شائعةٌ في ألفاظ الأصحاب ، ولا يتجه فيها احتمال ، وذلك أنهم قالوا في التفريع علىٰ قول العين : يفسخ القصّارُ العقدَ ، ويرجع إلى القِصارة ، ثم فصلوا المذهب . وهٰذا بعينه مصير إلىٰ أن القصارة هلكت[٢] من القصّار ، وهي ترجع بالفسخ إليه . ولو كان كذلك ، لاستحق القصارة بكمالها [بالغة][٣] ما بلغت قيمتها ، وليس الأمر/ كذلك ؛ فليس للقصار من القصارة إلا التوثّق المحض ، ولا معنىٰ مع هٰذا الذكر للفسخ . نعم لو أراد المضاربة ، كان كالمرتهن يُبطل حق توثقه ويجعل نفسَه مع الغرماء مضارباً ، ويسلم لهم محل تعلقه . ٢٣٠ ش

هٰذا تفصيل القول في ذلك ، والتنبيه علىٰ محل الإشكال والانفصال ، وإيضاح عثراتِ العاثرين .

٣٩٣٠ـ فإن قيل : أليس ذكر الأصحابُ قبل الخوض في أحكام التفليس من هٰذا الفصل أن العامل يحبس الثوبَ المقصورَ حبس البائع المبيع ؟ قلنا : ليس ذلك بدعاً ، والمرتهن يحبس المرهون إلىٰ توفير الدين عليه ، وحبسُه آكد من حبس البائع .

فإن قيل : إن كان كذلك ، فلا وجه لدفع قولهم : لو تلف الثوب في يد القصار ، سقط حقُّه من الأجرة ، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض ، ولو كان تعلقُ حقه علىٰ قياس تعلق حق المرتهن ، لما سقط حقه بتلف متعلَّقه ، كما لا يسقط [الدين][٤] بتلف الرهن في يد المرتهن .

قلنا : هٰذا الآن يُحْوِجُنا إلىٰ فن آخر من الكلام ، فنقول : سبب سقوط أجرته أننا نقدر القصارة كأنها جزء من عمله ، فإذا لم ينته إلىٰ يد المستأجر ، وكان عمله بعدُ في ضمانه ، فإذا تلف الثوب ، سقطت الأجرة لذلك ، ولا تكون القصارة مملوكةً مبيعةً .

---

(١) (ت٢) : الثانية .
(٢) (ت٢) : ملكت .
(٣) ساقطة من الأصل .
(٤) زيادة من (ت٢) .

هٰذا واضح . ولم يبق بعد هٰذا إشكال علىٰ ذي نظر .

٣٩٣١ـ وحان أن نخوض في فصل الصِّبغ مشمرين مستعينين بالله تعالىٰ ، فنقول أولاً :

إنما أخرنا طرف الصِّبغ ، لأنّه يتعلق بما هو عين وفاقاً ، وهو جِرمُ الصِّبغ ، وإنما اختلف القول في أنه أثر أو عين فيما هو صنعة الصباغ المسمى الصَّبغ . فإذا تمهد القول في محل الأثر والعين ، ينتظم بعد ذلك ما نحاول في هٰذا الفصل، إن شاء الله تعالىٰ .

فنقول :

٣٩٣٢ـ من اشترىٰ ثوباً وصبغه بصبغ من عنده ، فالصِّبغ القائم في الثوب عينٌ حسّاً ، فلو ارتفعت قيمة الثوب والصِّبغ أيضاً ، مثل أن يكون الثوب غيرَ مصبوغ عشرةً[1] ، والصِّبغ درهم ، والثوب المصبوغ خمسةَ عشرَ ، فالزيادة علىٰ قيمة الثوب وجِرم الصِّبغ إنما حصلت بالصَّبغ وحسنِ الصنعة ، وما يحصل من الصنعة ، فهو علىٰ قولين في أنه أثر أو عين ، كالقِصارة . فنبيّن غرضَنا بالصور نرسلها ، ونأتي في كل واحدة بما يليق بها .

٣٩٣٣ـ فإذا ابتاع الثوب بعشرة ، وقيمته عشرة ، فصبغه بصبغ من عنده ، يساوي خمسة ، نُظر : فإن كان الثوب يساوي مصبوغاً عشرة ، فقد ضاع الصِّبغ ، والثوب المصبوغ للبائع الراجع ، لا حق للمشتري والغرماءِ فيه ، فصار الصبغ مستهلكاً . وقد قررنا ذلك مراراً .

ولو كان الثوب مصبوغاً يساوي ثلاثة عشر ، فالنقص محسوبٌ على الصِّبغ دون الثوب ؛ فنقول : يسلم إلىٰ صاحب الثوب عشرة كاملة ، وإلى المشتري والغرماء ثلاثة . ولو لم تزد قيمة الثوب والصبغ ، ولم تنقص ، وكان الثوب مصبوغاً يساوي خمسةَ عشرَ ، والثوب وحده عشرة ، والصبغ خمسة . فليس في هٰذه المسألة للصنعة أثر . فإن كان من نعتٍ، فضائعٌ غائصٌ في عين الثوب والصبغ . فإذا بعنا الثوب بخمسةَ عشرَ ، فالثلث من الثوب مصروف إلى المشتري وغرمائه ، والثلثان للبائع .

---

(١) كذا في النسختين بإضمار فعل : « يساوي » أو نحوه .

ولو كانت قيمة الثوب كما وصفنا عشرة ، وقيمة الصِّبغ خمسة ، والثوب المصبوغ يساوي عشرين/ ، فالزائد علىٰ خمسةَ عشرَ من آثار الصنعة ، فتخرج المسألة علىٰ قولين ، في أنها هل تكون في حكم الأثر ، أم في حكم العين ؟ فإن قلنا : هي أثر ، فلا حكم لها ، وكل زيادة حصلت أثراً[1] للصنعة ، فهي مصروفة إلىٰ بائع الثوب ، يستبدّ بها ، بلا مزاحمة . هـٰكذا أورده **الشيخ أبو علي في الشرح** .

٢٣١ ي

٣٩٣٤ـ وكنت أودُّ أَنْ يُفَضَّ[2] أثرُ الصنعة على الثوب وجرم الصِّبغ ، فيصرف إلىٰ صاحب الثوب ثلثاه وإلى المشتري الذي هو مالكُ جِرم الصِّبغ ثلثه ؛ فإن الصنعة اتصلت بالصِّبغ والثوب جميعاً ، وهـٰذا بيّن . ولـٰكن لعله قال ما قال من حيث إن الموصوف هو[3] الثوب وإليه يرجع أثر الصنعة . فليقف المتأمّل إذا انتهىٰ[4] إلىٰ ذلك ، ولينعم النّظر .

وإن قلنا : سبيله سبيل العين ، فقد حدثت العين للمشتري ، وقد فرضنا فيه إذا كان الصِّبغ مملوكاً للمشتري ، فالصِّبغ له ، وأثر العمل له ، فإذا بعنا الثوب بعشرين ، صرفنا عشرة إلىٰ صاحب الثوب ، وعشرة إلى المشتري وغرمائه ، خمسة في مقابلة الصِّبغ وخمسة في مقابلة أثر الصنعة . وإذا كان كذلك ، فلو وجدنا راغباً يشتري الثوب بثلاثين ، فقاعدة الحساب بيننا التنصيف في الثوب كما ذكرناه .

٣٩٣٥ـ صورة أخرىٰ : إذا كان الثوب يساوي عشرة ، والصِّبغ يساوي درهماً ، فلما صبغ المفلسُ الثوبَ ، صار يساوي خمسةَ عشرَ ، فقد زادت أربعة دراهم بالصنعة . قال **الشيخُ** : إن قلنا : ما يحصل بالصنعة أثرٌ ، لا حكم له ، فالأربعة لبائع الثوب مع العشرة ، وليس للمشتري إلا قيمة صِبغه ، وهـٰذا جوابه الأول . وعليه من السؤال ما تقدّم .

فأما إذا قلنا : أثرُ الصنعة عينٌ ، فهي للمشتري ، فله إذاً خمسة ، وللبائع عشرة . فلو كانت المسألة بحالها ، ووجدنا راغباً اشترى الثوب بثلاثين ، فإن جعلنا الزيادة

---

(١) (ت٢) : من أثر الصنعة .
(٢) (ت٢) : نقص .
(٣) (ت٢) : وهو .
(٤) (ت٢) : إذا نظر إلىٰ ذلك .

للمشتري ، فثلث الثمن يصرف إليه ، والثلثان للبائع . وإن قلنا : الزيادة للبائع ، فثمن الأصل خمسةَ عشرَ . وإنما اتفق البيع بالثلاثين رغبة ، فيوزع الثمن علىٰ خمسةَ عشرَ ، فللبائع من أصل القيمة أربعةَ عشرَ ، فنضعِّفها له ، وللمشتري درهم ، فنضعِّفه له . فنقول للبائع ثمانية وعشرون ، وللمشتري درهمان .

فإن قيل : هلاّ جعلتم هـٰذه الزيادة للبائع ؟ قلنا : ليست هـٰذه زيادةَ صنعة ، وإنما هي اتفاق ربح ، فيقسط الربح عليهما علىٰ مقدار استحقاقهما في الأصل ، وتضعّفُ قيمةِ الصبغ منقاسٌ ، وإنما الغلط تضعيفُ أجرة الأجير في القصارة كما بيّنته من غلط بعض الأئمة .

٣٩٣٦ـ ثم ذكر **الشيخ أبو علي** قولي **الشافعي** في أن القِصارة أثر أم عين ، وحكىٰ عن **صاحب التلخيص** شيئاً ممّا لا بد من ذكره ، فقال : إذا باع ثوباً قيمته عشرة ، واستأجر المشتري مَنْ قَصره بدرهم ، فإذا الثوب المقصور يساوي خمسةَ عشرَ ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن القِصارة عينٌ . **والثاني** ـ أثرٌ .

فإن قلنا : إنها أثر ، فهي للبائع . لـٰكنا نقول للبائع : لك الثوب المقصور لا تُشارَك فيه ، وعليك أجرة القصارة حتىٰ كأنك استأجرته . وهـٰذا غلط منه باتفاق أصحابنا .

فإنّا إذا قلنا : إن القصارة أثر ، فللبائع الثوبُ ، ولا شيء عليه من الأجرة . والأجير يضاربُ الغرماء بأجرته . وذلك أنّا لم نجعل القِصارة عيناً ، فيتعلق بها الأجير ، وبائع الثوب لم يستأجره . فهـٰذا غلط ظاهر لا شك فيه .

وقد نجز الفصل بأطرافه .

فَصْلٌ

ذكره **صاحب التلخيص** ، وغلط فيه من أوله إلىٰ آخره .

٣٩٣٧ـ ونحن ننقل أجوبته/ ، ونذكر وجه الصواب فيها . ش ٢٣١

قال : إذا اشترىٰ رجل من العصير عشرة أرطالٍ بعشرة دراهم ، ثم أغلاه بالنار حتىٰ

رجع إلىٰ ثمانية أرطال ، وصار رُبّاً[١] .

ذكر **ثلاثةَ [أحوالٍ]**[٢] في المسألة ، فقال : إذا كان العصير يساوي عشرة ، ولما عاد إلىٰ ثمانية أرطال ، صار يساوي سبعة ؛ فللبائع الرجوع في عين الرُّب ، ومضاربة الغرماء بقدر نقصان القيمة . وقدرُ النقصان ثلاثةُ دراهم ، فيضارب بها . وعلل بأن قال : ليس ما حدثَ مجرد نقصان صفة ، بل انضم إليه نقصان العين . هـٰذا جوابه وتعليله . وهو خطأ .

والصواب أن نقول : قد نقص بالنار خُمس المبيع ، فهو كما لو نقص بانصبابٍ أو غيرِه من أسباب الضياع ، فيرجع في الرب إن شاء ، ولا حظَّ له في مقابلة الدرهم الناقص من القيمة ؛ فإن العين باقية في أربعة الأخماس وزناً وقدراً ، فليرجع إن أراد في الأربعة الأخماس كما هي ، ويضارب بخمس الثمن ، وهو درهمان .

وإن لم يُرد الرجوع في المبيع ضرب مع الغرماء في جميع الثمن . والجملة في هـٰذا أنا نجعل النقصان بسبب الغليان بمثابة التلف في ذلك القدر ، ويجري في الباقي علىٰ قياس الأصول . فهـٰذه حالة من الأحوال الثلاثة .

٣٩٣٨ـ **أما الحالة الثانية** ـ فهي أن تكون قيمةُ العصير عشرة ، كما صورناه ، فلما صار رُبّاً ، رجع إلىٰ ثمانية ، ولـٰكن كان يساوي عشرة مع نقصان وزنه . قال **صاحب التلخيص** : إن أراد الرجوع ، فيرجع في الرُّب ، ولا يضارب الغرماء بشيء ؛ فإنه قد وصل إليه قدرُ المبيع قيمةً . وقد ساعده بعض الأصحاب في هـٰذه الصورة .

وهو خطأ .

والسديد أن نقول : أما القدر الذي هو نقص ، وهو خُمس المبيع ، فله أن يضارب الغرماء في مقابلته بخمس الثمن ، ويَبْقى الكلام في أربعة أخماس المبيع ، وقد زَادت قيمته بالصّنعة . فإن قلنا : زيادة الصنعة للبائع ، وهي أثر ، فيرجع في الرُّب ، ويفوز بالزيادة ، ويضارب الغرماء بخمس الثمن ، كما ذكرنا .

---

(١) الرُّبُّ : بالضم : دبس الرطب إذا طبخ ، وعصارة التمر المطبوخة . (مصباح ومعجم) .
(٢) في الأصل : أقوال .

وإن قلنا : زيادة الصنعة بمنزلة العين ، وهي للمشتري ، فقد قال **القفال** في هـٰذه الصورة : إن هـٰذه الزيادة علىٰ هـٰذا القول للبائع أيضاً ؛ فإنها بمنزلة السِّمَن وكِبر الغلام ؛ فإن الغليان مما لا يجوز الاستئجار عليه ، فلا يصح أن يُستأجر رجل ليرد عشرةَ أرطالٍ بالإغلاء إلىٰ ثمانية ؛ فإن هـٰذا مما لا ينضبط . هـٰذا طريق **القفال** .

وذهب بعض أصحابنا إلىٰ أن الاستئجار عليه جائز ، فالزيادة إذاً للمشتري ، وقد ضارب البائع بخمس الثمن ، وبقي أربعة أخماس المبيع ، للبائع فيه ثمانية وللمشتري درهمان .

وقد سبق القول في مثله .

والجملة في ذلك أن هـٰذه المسألة تنزل منزلة ما لو باع ثوبين ، أحدهما يساوي درهمين ، والثاني يساوي ثمانيةً ، فتلف في يد المشتري الذي يساوي درهمين ، وقَصَر المشتري الآخر[1] ، فصار يساوي عشرة .

٣٩٣٩ـ والحالة الثالثة ـ هي أن يكون العصير مساوياً عشرة ، كما قدمنا ، ورجع وزن الرُّب إلىٰ ثمانية ، ولـٰكنه يساوي اثني عشر درهماً .

قال **صاحب التلخيص** : البائع بالخيار إن شاء لم يرجع في العين ، وضارب الغرماء بالعشرة التي جعلت ثمناً ابتداءً ./ وإن أراد الرجوعَ إلى الرُّب ، فله ذلك ، ولـٰكنه يغرَم الزيادة على القيمة الأولىٰ ، [فيرجع إلى الرّب ويغرَم للمشتري والغرماء درهمين][2] وطرد قياسه الفاسد في الأحوال الثلاثة .

ي ٢٣٢

والصحيح أن نقول : أما خمس المبيع ، فقد فات ، فيضارب الغرماء بخمس الثمن ، وأمّا أربعة الأخماس ، فقد زادت . فإن قلنا : زيادة الصنعة أثر ، فهي للبائع ، فيرجع في الرُّب بكماله ، ويستبدّ بالزيادة ، ويضارب الغرماء بخمس الثمن .

وإن قلنا : الزيادة الحاصلة بالصنعة للمشتري ، فعلىٰ طريقة **القفال** هي للبائع في هـٰذه الصورة . وعلىٰ طريقة غيره هي للمشتري ، وقد رجع البائع في خمس الثمن

---

(١) (ت٢) : الثوب .

(٢) عبارة الأصل : ويرجع إلى الرُّب ، وبقي للمشتري والغرماء درهمين . (كذا).

بجهة المضاربة ، وله في الأخماس الباقية ثمانية دراهم ، وللمشتري أربعة دراهم . وقد سبق التفصيل في مثله[(١)] .

٣٩٤٠ـ هـٰذا بيان جوابه في الأحوال الثلاثة ، ووجهُ الصواب في هـٰذا . وقولُه في هـٰذا الفصل غير [معدود][(٢)] من المذهب ؛ فإنه هفوة . وقد ذكرنا أن هفوات الأئمة إذا لم يكن للظن فيها مضطرب لا يعتد بها .

٣٩٤١ـ ومما ذكره **صاحب التلخيص** في أثناء كلامه أن من اشترىٰ عبداً وعلمه حرفة ، أو علمه القرآن ، فهـٰذا بمثابة القصارة في الثوب . وهـٰذا الذي ذكره صحيح . وقد ذكرناه في فصل القصارة ، وإنما أعدناه لأن **الشيخ أبا علي** حكىٰ عن بعض الأصحاب وجهاً أنّ الزيادة الحاصلة من هـٰذه الجهة أثرٌ ، قولاً واحداً ، وإن جاز الاستئجارُ علىٰ تحصيله ، لأنه لا يظهر على المبيع ظهوراً محسوساً ، وإنما القولان في أثر يُحسّ كالقصارة في الثوب ، والطحن في الحنطة ، والحِرفُ ليست كذلك . وهـٰذا مزيّفٌ مردود . والصحيحُ طرد القولين في كل صفةٍ يتوصل إلىٰ تحصيلها بالاستئجار ، سواء كانت مدركة بالحس أو لم تكن مدركة .

فَصْلٌ

قال : « ولو تبايعا بالخيار ثلاثاً ، فَفُلِّسا أو أحدهما ، فلكل واحد منهما إجازةُ البيع وردُّه دون الغرماء ؛ لأنّهُ ليس ببيع مستحدث . . . إلىٰ آخره »[(٣)] .

٣٩٤٢ـ من اشترىٰ شيئاً علىٰ شرط الخيار أو باع شيئاً كذلك ، فَفُلِّس ، وجرى الحجر عليه ، ففي إجازته وفسخه بحكم الخيار **طريقان** لأصحابنا : **أحدهما** ـ أن تصرفه ينفذ بالفسخ والإجازة من غير رعاية مصلحةٍ وغبطة، كما كان ينفذ وهو مطلق . وما صدّرنا به الفصلَ من لفظ **الشافعي** دليل ظاهر علىٰ هـٰذا . ووجه ذلك أن التصرف

---

(١) (ت٢) : مسألة .

(٢) ساقطة من الأصل .

(٣) ر . المختصر : ٢/ ٢٢١ .

بحكم الخيار مستفادٌ بعقدٍ مضىٰ في حالة الإطلاق ، فهو مستند إليه ، وما يجري منه لا يحمل علىٰ تصرف مبتدأ .

والذي يوضح ذلك أن الحجر يطَّرد على الأملاك الثابتة ؛ فإنها مهيأة للتصرف إلىٰ ديون الغرماء ، والمعقود عليه علىٰ حكم الخيار ليس كذلك ؛ فإنه لا يؤثر الحجرُ فيه ، ومساق ذلك يقتضي استثناءَه [عن][1] حكم الحجر ، وبقاءه علىٰ موجب الإطلاق . وليس المفلس منظوراً له بخروجه عن الاستقلال ، وإنما سبب الحجر عليه قَصْرُ تصرفه عما يجب صرفه إلى الدَّين ، وهـٰذا إنما يتحقق في الأملاك اللاّزمة ؛ فإذاً لا يفصل هـٰذا القائل في تنفيذ الفسخ والإجازة بين البائع والمشتري ، ولا يخصص ما ينفذه بقولنا : لا يحصل الملك في زمان الخيارِ للمشتري ؛ بل يطرده علىٰ كل قول ، في كل حالٍ .

هـٰذا بيان هـٰذه الطريقة .

ولو جن المشتري في زمن الخيار ، وانتصب قوّامٌ عليه ، فلا بدّ من رعاية مصلحته في الفسخ والإجازة ؛ لأنه منظور/ له، ولا وجه لتصرف وليه إلا طلب مصلحته . ش ٢٣٢

٣٩٤٣ـ والطريق الثاني ـ يُبيّنُه تفصيلٌ ، فنقول : من اشترىٰ علىٰ شرط الخيار ، ثم فُلّس في مدة الخيار ، فرعنا ذلك على القولين في حصول الملك . فإن قلنا : لا يحصل الملك في المبيع للمشتري ، فإن فسخ المشتري أو أجاز علىٰ وفق[2] الغبطة ، فلا شكّ في نفوذ ذلك . ولم يختلف[3] أصحابنا في تنفيذ الفسخ والإجازة منه . وإن كان لا ينفذ بيعه في أمواله التي شملها الحجر ، وإن وافق الغبطة . وفي شرائه كلام سيأتي بعد هـٰذا إن شاء الله تعالىٰ .

وهـٰذا يوضح أن التصرف بالفسخ والإجازة مستثنىٰ على الجملة عن التصرفات .

فأمّا إن فسخ أو أجاز علىٰ خلاف الغبطة ، قلنا : أمّا الفسخ علىٰ خلاف الغبطة ، فنافذ ؛ فإنه ليس يُخرِجُ به عن ملكه شيئاً ، وإنما يمنع به عن جلب ملك ، والتفريع علىٰ أنه لا ملك له في زمان الخيار في المبيع والثمن قارٌّ علىٰ ملكه ؛ فقد بقي بالفسخ

---

(١) في الأصل : علىٰ .
(٢) (ت٢) : وجه .
(٣) (ت٢) : يحتل .

علىٰ ملكه الثمن ، ولم يحصل له الملك في المبيع . ورجع ترك نظره إلىٰ عدم الكسب والجلب ، وليس على المفلس أن يكسب وإن قدر عليه . هـٰذا إذا فسخ .

وأمَّا إن أجاز العقد علىٰ خلاف الغبطة ـ والتفريع علىٰ أن لا ملك له في المبيع في زمان الخيار ـ فإجازته علىٰ خلاف الغبطة مردودة ؛ من جهة أنه يُخرج بها الثمنَ عن ملكه ، علىٰ خلاف المصلحة ، وليس له أن يُخرج عن ملكه شيئاً علىٰ خلاف الغبطة .

وإن قلنا : إن الملك في المبيع للمشتري في زمان الخيار ، فإن فسخ أو أجاز ، ولم يخالف الغبطة ، نفذ ذلك .

والذي دل عليه كلام المشايخ في هـٰذه الطريقة ـ أنه ينفذ الفسخُ والإجازةُ إذا استوىٰ وجه الغبطة ، ولم يترجح وجهٌ علىٰ وجهٍ . فأمَّا إذا فسخ والغبطة في الإجازة ، ففسخه مردود؛ من جهة أنه بفسخه يُخرج المبيع عن ملكه ، والغبطة في خلافه . وإن أجاز علىٰ هـٰذا القول علىٰ خلاف الغبطة ، نفذت إجازته ؛ لأنه بالإجازة تاركٌ ردّ الثمن إلىٰ ملكه ، وإذا ملكناه المبيع في زمان الخيار ، ملكنا البائع الثمن لا محالة ؛ فهو بالإجازة تاركٌ جلبَ الملك في الثمن ، وليس على المفلس الجلبُ والكسبُ ، كما قدمناه .

فحاصل الطريقة إذاً راجع إلىٰ أنا لا ننفذ منه علىٰ خلاف الغبطة إخراجَ شيء عن ملكه ، ولا نكلّفه ردَّ شيء إلىٰ ملكه .

هـٰذا بيان الطريقتين .

٣٩٤٤ـ ونقل الأصحاب نصاً عن **الشافعي** متعلقاً بالرد بالعيب ، قال رضي الله عنه : « **إذا اشترىٰ في الصحة عبداً ، ثم مرض ، واطلع علىٰ عيبٍ به في مرضه ، لزمه الرد ، وإن لم يَرُد، حُسب من ثُلثه ؛ لأن العيب كفقد جزء** » .

كلامه المطلق يحتاج إلى التفصيل ، فنقول : إن اشترىٰ في الصحة عبداً بمائةٍ ، وقيمته خمسون، لو كان سليماً ، فالمحاباة محتملة[1] بسبب جريان العقد في الصحة . فلو اطلع علىٰ عيب في مرض الموت ينقص عُشرَ قيمة[2] العبد ، فإن رده ، فذاك . وإن

(١) «محتملة»: بمعنى جائزة نافذة، من الاحتمال والإطاقة، وليست من الاحتمال بمعنى التوقُّع.
(٢) (ت٢) : تنقص قيمته عشر العبد .

أجاز العقدَ ، كان متبرعاً بعشر الثمن ، وهو عشرة ، ولا نجعله متبرعاً بعشر قيمة العبد ؛ لأنّ المسترد في مقابلته[١] الثمن ، والأرش المقابل للعيب عشر الثمن لا عشر القيمة ، فإجازته تتضمن ترك عشر الثمن، والمحاباة وراء ذلك جارية في الصحة ، وليس على المريض أن يكسب للورثة باسترداد/ جميع الثمن . ي ٢٣٣

٣٩٤٥ـ وفي الفصل غائلة ننبه عليها، وندرؤها بسؤالٍ وجوابٍ . فإن قيل : قد ذكرتم أن المريض ليس عليه الاكتساب ، فليس عليه أن يقبل الهبة والوصية ، ولا أن يكتسب بجهة أخرىٰ ، والملك حاصل للبائع في جميع الثمن ، واستردادُ الأرش نقصٌ للملك في حق البائع ، وجلبٌ من جهة المشتري، فلم كان تركه تبرعاً ؟ قلنا : هـٰذا العقد يتضمن الاستحقاقَ ، فإسقاطه إسقاط [حق][٢] مستحق تضمنه العقد ، وقد ثبت هـٰذا في مرض الموت ، وكان إسقاطه بمثابة إسقاط دين ، والدين وإن سميناه ملكاً ، فليس شيئاً محصلاً ، ولـٰكنه استحقاق التوصل إلىٰ تحصيل الملك في عين ، ولذلك يحط الأرش عن الشفيع ، وإن كان مقتضى الشرع أن يأخذ الشّقصَ بثمن العقد ، وليس هـٰذا كما ردَّدْناه في خيار الشرط ؛ فإن ذلك [تروٍّ][٣] محض ، وليس الفسخ به والإجازة متضمنين إسقاط حق مستحق . فليفهم الناظر ذلك ، فبه تمامُ الغرض .

٣٩٤٦ـ فإن قيل: الرد مستحق أيضاً بالعيب ، فأوجبوه . قلنا : لو أوجبناه ، لألزمنا نقضَ المحاباة التي أمضيناها في صحته ، وهـٰذا لا سبيل إليه .

فإن قيل : لو كان الثمن جارية ، وقد فرض الاطلاع على العيب ، فهل تجوزون لقابض الجارية وطأها ؟ قلنا : نعم ؛ فإن الجارية في يده وإن تعرضت للاسترداد بمثابة الجارية في يد المتهب ، مع استمكان الواهب من الرجوع في الهبة .

٣٩٤٧ـ فإن قيل : لو كانت المسألة مفروضة حيث نقلتم نص **الشافعي** في الصحة

---

(١) (ت٢) : مقابلة .

(٢) مزيدة من (ت٢) .

(٣) (ت٢) : نزو . وفي الأصل بدون نقط . وكذا قدرناها . والمعنىٰ أن الإجازة والفسخ في مرض الموت لمن له خيار الشرط ، ليس فيها إسقاط حق ، ولا تبرع ، ولا تكسب ، وإنما الخيار هنا للتروّي المحض . والله أعلم .

والمرض ، فماذا ترَوْن ؟ قلنا : إن كان الثلث وافياً، فيجوز الوطء إلىٰ أن يتفق ما يجري من بائع الجارية ، وإن لم يكن الثلث وافياً ، فالمحذور الرجوع إلىٰ قسط من الجارية ، ولو فرض ترك ذلك القسط علىٰ قابض الجارية ؛ فهو في الحال تبرع . ولـٰكن لو تبرع المريض بجارية لا يملك غيرها ، وأقبضها ، تسلط المتهب علىٰ وطئها ، بناءً على استمرار الحياة . ثم إذا مات المتبرع ، نقضنا تبرّعه في ثلثيها تبيُّناً ، وقد نلزمه ثلثي مهرها ، كما سيأتي في الوصايا .

فخرج من مجموع ذلك أنا لا نحرم الوطءَ كيف فرض الأمر ، وهـٰذا تصريح بحقيقة الملك . ومع ذلك نجعل ترك مقدار الأرش تبرعاً .

٣٩٤٨ـ وتمام القول فيه أنه لو مات هـٰذا التارك للأرش المريض ولم يَفِ الثلث ، فالزائد على الثلث ـ علىٰ قولنا : التبرعُ الزائد مردود ـ يُثبت للورثة ملكاً لهم ، أم هم يثبتوه[١] ؟ الظاهر عندنا أنه يثبت لهم . ولا حاجة إلىٰ إثباتهم لأنفسهم . وما قدمناه من التسليط على الوطء محمول علىٰ مذهب التبيّن بالأَخرة والإسناد[٢] .

فانتظم من هـٰذا أنّه إذا مرض مرضَ موته ، وفرض الاطلاعُ على العيب ، وتَرْكُ الأرش ، فقد تبيّن بالأَخرة رجوعُ شيء من الثمن إسناداً . فليفهم الناظر ذلك .

ويحتمل أن يقال : للورثة حق الرجوع في الأرش بعد الموت ، وإذ ذاك يثبت ملكهم ، والأظهر الأول .

٣٩٤٩ـ ونحن نذكر صورة أخرىٰ في ذلك ، فنقول : لو اشترىٰ عبداً قيمته [مائة][٣] بخمسين ، واطلع علىٰ عيب به ينقص عشرَ القيمة، فلو رد ، كان الرد علىٰ خلاف الغبطة ؛ فإن العبد مع العيب يساوي تسعين ، فلو رده واسترد خمسين ، كان متبرعاً بأربعين ، فالرد إذاً تبرع ـ كما ذكرناه ـ لأن الغبطة في إمساكه ، وهو ملكه الحاصل ، ورده إخراجٌ له عن الملك ، فإذا كان علىٰ خلاف الغبطة ، كان متبرعاً . فلو قال/ : ٢٣٣ ش

(١) (ت٢) : ملكاً أم لهم أن يثبتوه ؟
(٢) (ت٢) : والاستناد . وهما بمعنىً ، والتبين والاستناد من طرق إثبات الأحكام ، وقد ثبت بيانهما .
(٣) في الأصل : تسعين .

أرجع بالأرش ، فقال بائع العبد : بل ردّه ، فليس له مطالبة بالأرش ؛ فإنا نبني الأمر علىٰ حياته . وإذا كان الرد ممكناً في الحياة ، لم يجز التحكم بإلزام الأرش . ولو مات فأراد الورثة المطالبة بالأرش ، لم يكن لهم ذلك أيضاً ؛ فإن المريض تبرّعُه[1] في الرد ، فإذا لم يرد ، فإنما راعى الغبطة في ترك الرد ، ويستحيل أن يقع ترك الرد غبطة ، وينضمُّ إليه الرجوعُ إلى الأرش .

ونظير هـٰذا ما لو اشترى الولي للطفل عبداً بخمسين ، وقيمته مائة لو كان سليماً ، فلو اطلع علىٰ عيب به ينقص عشرَ قيمته ، فليس له الرد ، وليس له أن يُطالبَ بائع العبد برد شيء من الثمن . هـٰذا ما نراه، واللهُ أعلم .

وقد يخطر لمن لا يغوص أن الرد إذا امتنع ، فالأرش جزءٌ مستحق الاسترداد . وليس الأمر كذلك .

فَصْلٌ

قال : « ولو أسلفه فضة بعينها في طعام ، ثم فُلّس ، كان أحقَّ بفضته . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٩٥٠ـ قد ذكرنا في غير المفلس أن من أسلم في جنس وانقطع جنسُ المسلَم فيه عند المَحِلِّ ، ولا إفلاس ، ولا حجر ، ففي المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أن العقد ينفسخ . **والثاني** ـ أن المسلم يتخير : إن شاء فسخ ، وإن شاء أنظر المسلَم إليه إلىٰ وجود الجنس ، ونحن نذكر في السلم بعد تجديد العهد بهـٰذا الأصل **صورتين** في المفلس : **إحداهما** ـ **أن يفلس المسلم إليهِ** ، والمسلَمُ[3] فيه عامّ الوجود . فإن كان رأس المال قائماً ، فللمسلم فسخ العقد ، والرجوعُ إلىٰ رأس المال . ولا فرق بين أن يعيّن رأس المال حالة العقد ، وبين أن يطلق ذكر الدراهم حالة العقد ، ثم يعينها في

---

(١) خبر إن . والمعنىٰ : أن تبرع المريض في ردّ العبد ، لا في ترك الأرش .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٢١ .
(٣) (ت٢) : فيما المسلم فيه .

المجلس بالإقباض . فإذا كان ما عين أولاً بالتسمية ، أو عين بالإقباض في المجلس قائماً ، فسخ العقد ، ورجع في تيك العين . وإن أراد المضاربة ، فسنذكر في آخر الفصل كيفية المضاربة بالمسلَم فيه .

ولو كان رأس المال تالفاً ، فهل للمسلم أن يفسخ العقد ؟ فعلىٰ وجهين : **أصحهما** ـ أنه لا يفسخ ؛ لأنه لو فسخ ، لضارب ببدل رأس المال ؛ إذْ عيْنُه تالفة ، وإنما يثبت الفسخ بعذر الفلس إذا كان الفاسخ يتخلص عن المضاربة . **والوجه الثاني** ـ أنه يثبت له الفسخ بتعذر الوصولِ إلىٰ تمامِ المسلم فيه . وإذا كان التعذر بانقطاع الجنس يثبت حق الفسخ ، فالتعذر بالفلس ينبغي أن يُثبت حق الفسخ . وهـٰذا القائل لا يخرّج قول الانفساخ بسبب الفلس ، بخلاف ما إذا انقطع الجنس . هـٰذا بيان صورة واحدة .

٣٩٥١ـ الصورة الثانية : مفروضة فيه إذا أفلس المسلم إليه ، وانقطع المسلم فيه ، فاجتمع الفلس والانقطاع ؛ فإن كان رأس المال قائماً ، فسخ العقد ، ورجع فيه . وإن كان تالفاً ، فهل يثبت للمسلم حق الفسخ ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ لا يثبت ؛ لأنه لا يتخلص عن مضاربة الغرماء .

والثاني ـ وهو الأصح ـ أنه يثبت له حق الفسخ ؛ لأنه بالفسخ يصل إلىٰ بعض حقه في الحال . ولو لم يفسخ ، وصبر إلىٰ عود جنس المسلم فيه فربما لا يجد في يده شيئاً يأخذه بحقه ؛ فترك الفسخ يلحق به ضرراً بيِّناً . وأيضاً ، فإن حق الفسخ إذا كان يثبت في حالة الإطلاق/ ، فيستحيل أن لا يثبت في حالة الحجر ، وكل سبب أثبت الفسخ في الإطلاق ، لم يُبْن الأمرُ فيه على الغرض ، فإن من اطلع علىٰ عيب المبيع الذي قبضه ، فله رده علىٰ مفلس لا يجد ما بقي بالثمن . ٢٣٤ ي

وقد نعود في آخر الفصل إلىٰ تحقيق هـٰذا الوجه من هـٰذه الصورة إن شاء الله تعالىٰ .

٣٩٥٢ـ ونحن نذكر الآن كيفية المضاربة في المسلم فيه ، فنقول : إذا كان المسلم فيه جنساً من الأجناس ، فالمضاربة [به][1] غير ممكنةٍ؛ لأن التضارب إنما ينتظم في النقود، فإذا لم يكن المسلم فيه نقداً ، فلا وجه لتقدير المضاربة به . ولـٰكنا نرده إلى

(١) ساقطة من الأصل .

القيمة تقديراً ، ونُثبت المضاربة بها ، ثم ننظر إلىٰ مقدار ما يخصه في المضاربة ، فإن كانت القيمة مائة ، وقد خصه بالمضاربة عشرة ، لم نترك[1] العشرة عليه ؛ فإنا لو فعلنا ذلك ، كنا معتاضين عن المسلم فيه ، وأخذ البدل عن المسلم فيه باطل ، غيرُ مباح ، فالوجه أن يصرف ما يخصه من الدراهم والدنانير إلىٰ جنس المسلم فيه وتسلمه إليه ، فتكون المضاربة واقعةً في أحد النقدين ، وملكُ المسلِم مستقرٌ آخراً في مقدارٍ من جنس المسلَم فيه .

والذي قطع به الأئمة أن ملك المسلم لا يثبت في الحصة التي تميزت له من الدراهم ، وإنما يثبت ملكه في القدر الحاصل من المسلَم فيه . فلو ميزنا له باعتبار القيمة عشرة ، وقدرناها عُشْرَ حقه مثلاً ، فهاج رخصٌ وانخفض السعرُ قبل اتفاق صرف الدراهم إلىٰ جنس المسلم فيه ، ووجدنا بذلك القدر الذي أقررناه له قدرَ حقه من جنس المسلَم فيه بكماله ، قال الأصحاب : صرفنا الكلَّ إليه وأوصلنا إليه حقه كَمَلاً ، وبرئت ذمة المسلم إليه .

وإن وجدنا [به][2] أكثر من حقه ، فالزيادة مردودة على الغرماء .

٣٩٥٣ـ قال القاضي : هـٰذا مشكل . والقياسُ أن نقول : إذا هاج الرِّخص ، وصار ما كنّا نقدره بمائة يوجد[3] بعشرة ، فنغير اعتبار القيمة ، ونقول : إنه يضرب بعشرة ، وننظر ما يخصه مع مزدحم الديون ، ونبتدىء بتبيّن[4] مقدار حقه . وإنما كان كذلك ، لأن الحصة المقررة له علىٰ حساب المائة لم تدخل في ملكه لما قدمناه من استحالة ملك عوض المسلم فيه ، فإذا لم يثبت ملكه فيما ميزنا ، بان أن الأمر موقوف علىٰ ما يتبين آخراً ، وقد بان برخاء السعر ، وظهور الرخص أن قيمة المسلم فيه عشرة ، فدينه إذاً يقدر بهـٰذا .

هـٰذا ما قاله .

---

(١) (ت٢) : ننزل .
(٢) في الأصل : وجدناه .
(٣) (ت٢) : نجده .
(٤) (ت٢) : بتيقن .

٣٩٥٤ـ والذي ذهب إليه الجماهير ما قدمناه أولاً .

فانتظم مما قالوه ، وقاله **القاضي وجهان** : **أحدهما** ـ ما ذكره **القاضي** ، ووجهه القياس البيّن الذي ذكره . **والثاني** ـ ما ذكره الأصحاب ، ووجهه أنا وإن كنا لا نملِّك المسلِم العشرةَ الدراهم ، فنجعله أولىٰ بها ؛ حتىٰ كأنها مرتهنة بحقه ، وكأنه مرتهن فيها . ولو كان كذلك ، لكنا نقدمه بتمام حقه فيما هو مرهون عنده ، فيجري إذاً قياس الرهن . ونقول : إن وفّىٰ ما ميزناه بحقه أدينا منه حقه كاملاً . وإن زاد علىٰ مقدار حقه ، أدينا منه قدرَ حقه، وصرفنا الفاضل إلى الغرماء ، كدأبنا في المرهون إذا بعناه .

فإن قيل : لم فعلتم ذلك ؟ قلنا : [إفراز][1] الحاكم للحصص[2] تخصيصٌ منه لكل ذي حق بمقدار ، فما[3] يتصور فيه التمليك حُمل تخصيصه علىٰ حقيقة الملك ، وما امتنع التمليك فيهِ حُمل علىٰ ما يتصوَّر ، وهو التخصيص بطريق الاستيثاق ، فكأن حقوق الغرماء انقطعت عن العشرة بالقسمة/ التي جرت على التقدير الصحيح ابتداءً . ٢٣٤ ش

فهـٰذا هو الممكن في توجيه ما قاله الأصحاب . وليس يخفىٰ ظهور ما قاله **القاضي** في القياس .

٣٩٥٥ـ ثم إن كان المسلم فيه شيئاً من ذوات الأمثال ، وقد خص المسلِم عشرُ قيمته ، فإنا نصرفه إلىٰ عشر المسلم فيه . وإن كان المسلم فيه ثوباً واحداً ، أو حيواناً ، فالوجه صرف ما يخص المسلِم إلىٰ جزء شائع من ثوب ، أو حيوانٍ مستجمعٍ للصفات المذكورة لا[4] وجه غيره . هـٰكذا ذكره **صاحب التقريب** وغيرُه . فإذا ضارب بمائة ، فخصه من زحمة الديون عشرة ، وصرفناها إلىٰ جنس المسلَم فيه ، فلو انطلق الحجر ، وحدث له مال جديد وعاد الغرماء يضاربون ، فللمسلم حق المضاربة في بقية حقه في المال الجديد ، فتقوَّم السلعة مرة أخرىٰ ، فإن كانت مثل القيمة الأولىٰ ، فلا كلام . وإن كانت القيمة أعلىٰ من هـٰذا الوقت، فإنه يضارب بالقيمة العالية ؛ فإنَّ المقصود

---

(١) (ت٢) : إقرار . وفي الأصل بدون نقط . وقدرناها علىٰ ضوء المعنىٰ .
(٢) في (ت٢): « المحصص ».
(٣) (ت٢) : فيما .
(٤) (ت٢) : ولا وجه .

إيصالُه إلى جنس المسلم فيه ، والقيمة في البين واسطةٌ ، اضطررنا إلى اعتبارها ، فنعتبر إذاً قيمة المسلم فيه بالغة ما بلغت . وهٰذا سديد .

٣٩٥٦ـ فأمَّا إذا قومنا المسلم فيه آخراً في الصورة التي انتهينا إليها ، فكانت قيمته أنقص في الكرّة الثانية ، فقد ذكر **صاحب التقريب وجهين** في ذلك : **أحدهما** ـ أنه يضارب باعتبار القيمة الثانية ، وهي قيمة الوقت . ووجهه بيّن .

والوجه الثاني ـ أنه يضارب بالقيمة الأولى المعتبرة في الحجر الأول . وهٰذا لا أدري له وجهاً ، مع قطعنا بأن القيمة ليست عينَ حقه .

ولو لم يتفق الحجر الثاني ، ووفىٰ ما في يد المسلم إليه بتمام حق المسلِم ، وهاج الرخص ، فليس على المسلم إليه إلا توفيةُ حقه .

وإذا رخص السعر ، فإذا فرض حجرٌ ثانٍ وجب أن يضارب بالقيمة الناجزة ، فإن القيم تقديرات ، والغرض الوصول إلى المقوّم . ولولا أن **صاحب التقريب** كرّر هٰذا الوجه الثاني ، وإلا كنت لا أذكره لضعفه .

فَصْلٌ

قال : « ولو أكرىٰ داراً منه سنة ، ثم أفلس المكري . . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٩٥٧ـ هٰذا الفصل يشتمل علىٰ بيان إفلاس المكري ، وإفلاس المكتري والبداية بإفلاس المكري .

ولا تخلو الإجارة إما أن تكون واردة على العين ، وإما أن تكون واردة علىٰ ذمة المكري ، فإن كان الكراء [علىٰ][٢] العين بأن أكرىٰ داره أو دابته ، وعقد إجارةً علىٰ شرط الصحة ، فإذا أفلس المكري قبل انقضاء الإجارة ، وحصول الوفاء بها ، فالإجارة لا تفسخ لمصلحة المفلس ، حتىٰ لو فرعنا علىٰ منع بيع المكرىٰ ؛ فإنا نمتنع عن بيع العين المكراة إلى انقضاء مدة الإجارة ، وفاءً بما اقتضاه العقد . وإن قلنا : يجوز بيع

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢١ .

(٢) في الأصل : في .

المكرَىٰ ، فنبيعه في ديونه ، ولو كانت قيمته تنقص لمكان الإجارة ، لم نبال بنقصانها . فإذا اتفق بيعُ الدار المكراة ، وصرْفُ ثمنها في حقوق غرماء المكري ، وانفصل الأمر ، وانطلق الحجر ، والإجارة باقيةٌ ، فلو انهدمت الدار في بقية المدة ، وقضينا بانفساخ الإجارة ، وكان المكتري وفَّى الأجرة كاملة ، فيثبت له حق الرجوع بقسط من الأجرة لانفساخ الإجارة في بقية المدة . وهـٰذا الحق يثبت جديداً مترتباً على الانفساخ الواقع بالانهدام . فهل لهـٰذا المكتري أن يزاحم الغرماء الأولين فيما اقتسموه بينهم ، وتضاربوا به ؟ فعلىٰ وجهين : ذكرهما **العراقيون أحدهما** ـ أنه لا يزاحمهم ؛ لأن دينه متجدد حادث بعد القسمة ، وفضّ المال/ على الغرماء ، فلا يثبت لأصحاب الديون الجديدة مزاحمةُ القدماء من الغرماء . ٢٣٥ ي

والوجه الثاني ـ أن المكتري يزاحمهم مزاحمةَ غريم يبدو [أخِراً][1] ونتبين استحقاقَه لدَيْنه متأخراً بتاريخ سابق لاستحقاق الأولين ديونَهم حالة المزاحمة . ووجه ذلك أن الرجوع وإن ثبت الآن ، فهو مستند إلىٰ موجَب عقد سابق ، وهو الإجارة . فإذا كان رجوع المكتري مستنداً إلى الإجارة السابقة ، كان حقه بمثابة دين سابق يبدو .

وكل ما ذكرناه فيه إذا كانت الإجارة واردة على العين وقد أفلس المكري .

٣٩٥٨ـ فأما إذا كانت الإجارة واردة علىٰ ذمة المكري ، وما كانت ربطت بعين ، وهـٰذا كالتزام المكري نقلَ مقدارٍ مبيّنٍ من طعامٍ أو غيره ، من بقعة إلىٰ بقعة ، فهـٰذا لازمٌ ذمةَ المكري ، فإذا أفلس وفي ذمته ما وصفناه ، لم يخلُ : إما إن كان سلّم دابةً إلى المكتري ليحمّلها الطعامَ المذكور . وإما إن لم يكن سلم إلى المكتري شيئاً .

فإن لم يكن سلم إليه شيئاً ، فالذي في ذمته دينٌ من الديون . فإن كان عِوضُ الإجارة باقياً ، وقد أفلس المكري ، فللمكتري الرجوع إلى العوض الذي صادفه باقياً . وإن كان العوض تالفاً ، ضارب المكتري الغرماءَ بأجر مثل ما استحق من المنفعة ، على القياس الذي ذكرناه في رجوع المسلِم ، إذا أفلس المسلم إليه .

---

(١) الأخِر : الأخير . (معجم) وغير مقروءة في (ت٢) وفي الأصل : (أخر) بدون ألف التنوين .

٣٩٥٩ـ ثم يعرِض في منتهى الكلام أمرٌ يجب إنعام النظرِ فيه . وهو أنا إذا أثبتنا للمكتري حقَّ المضاربة بأجرة المنفعة المستحقة ، فإذا بانت حصته في تقدير المضاربة ، فصرْفُ ذلك المقدارِ إليه بمثابة صرفِ مقدارٍ من قيمة المسلم فيه إلى المسلِم . وهـٰذا اعتياضٌ عن المسلم فيه .

٣٩٦٠ـ وقد اختلف أصحابنا في الإجارة الواردة على الذمة هل تنزل منزلة السلم حتىٰ نرعىٰ فيها ما يُرعىٰ في السلم من وجوب تسليم الأجرة في مجلس العقد ، أم كيف السبيل فيه ؟ وسيأتي شرح ذلك في كتاب الإجارة، إن شاء الله تعالىٰ .

فإن جعلنا الإجارةَ الواردة على الذمة بمثابة السَّلم ، وهو الصحيح ، فلا سبيل إلىٰ ترك حصة المكتري ـ النازل منزلة المُسْلِم ـ عليه من القيمة[1] ؛ فإن ذلك اعتياضٌ عن المسلم فيه .

ثم إن كان المقصود أمراً لا يتبعض ، مثل أن يقول : تحملني إلىٰ بلدة عيّنها ، فالحمل إلىٰ بعض الطريق قد لا يفيد ، [و][2] ربما يكون الموضع المقدَّر مهلكة ، فإذا تحقق التعذر ، وامتنع الاعتياض ، فلا وجه إلا تخيير المكتري في الفسخ ، وإذا فسخ العقد ، ضارب الغرماء بقيمة الأجرة التي كان بذلها ، وقد يتجه عُسرٌ إذا كان المسلَم فيه ثوباً ؛ فإنه إذا خصّه عشرُ القيمة ، فلا يجد به عشرَ ثوب ، فإذا ظهر تعذرٌ يجر نقيصةً وخسراناً ، ثبت الخيار ، كما ذكرناه .

وإن كان ألزم ذمة المكري حملَ مائة منٍّ إلىٰ بقعة ، وكان حَمْلُ البعضِ مُفيداً علىٰ قدره ، صرفنا القيمة التي[3] خصته إلى البعض .

والجملةُ أن التبعيض إن أمكن من غير تعذر ، صرفنا حصة المضاربة إليه . وإن عسر ، أو تضمن التبعيض نقصاً ، ثبت الخيار ، لا طريقَ غيرُه . ولا وجه لتمليك القيمة ، والتفريع علىٰ أَنَّ الإجارة سلمٌ .

---

(١) في الكلام تقديم وتأخير، فالمعنى: «لا سبيل إلى ترك حصة المكتري ـ من القيمة ـ عليه، فإنه نازلٌ منزلة المسْلِم، ولا يجوز الاعتياض عن المسلَم فيه».

(٢) الواو زيادة من (ت٢) .

(٣) (ت٢) : إلىٰ حصته .

٣٩٦١- وإن حكمنا بأن الإجارة الواردة على الذمة لا تكون بمثابة السلم ، فإذا ضارب المستحق الغرماء بأجرة المنفعة المستحقة/ ، وبانت حصته منها ، لم يمتنع أن يملك حصته من القيمة عوضاً ؛ فإن الاعتياض عن الديون غيرُ ممتنع ، إذا لم يكن مسلماً [فيها][1] . وللنّظر فيها مضطرب ، والعلم عند الله .

٢٣٥ ش

٣٩٦٢- [و][2] كل ما ذكرناه في الإجارة الواردة على الذمة إذا لم يكن قد سلم المكري عيناً إلى المكتري . فإن كان ألزم ذمته حمل مائة منٍّ ، فسلم إليه دابة ، حتىٰ يحمّلها المائة . ثم أفلس المكري ، فظاهر المذهب أن تلك الدابة متعيّنة لاستحقاق المكتري ، كما لو استأجرها في عينها وأورد الإجارة[3] عليها ، فليستوف حقه من تلك الدابة وليحمّلها ؛ فإنها سُلمت إليه قبل اطّراد الحجر ، فتعينت كما تتعين الدراهم إذا سلمها من عليه الدراهم . والحقوق المتعلقة بالذمم تتعين بالتعيين والتسليم .

ومن أصحابنا من قال : لا تتعين تلك الدابة ؛ فإنها ليست مورد الإجارة ، والمنافع ليست أعياناً . ويشهد لهـٰذا أن تلك الدابة لو عطبت لم تنفسخ الإجارة بعطبها ، بخلاف ما لو وردت الإجارة علىٰ عينها . فإذا كان لا يثبت لها حُكم التعيين في انفساخ الإجارة عند تقدير تلفها ، لم يثبت لها حكم التعيين في اختصاص المكتري بها ؛ فعلىٰ هـٰذا إذا أفلس المكري ، فلا حكم لتسليم تلك الدابة .

والأصح الأول .

٣٩٦٣- وهـٰذا يخرّج على اختلافٍ للأصحاب ، سيأتي مشروحاً في الإجارة . وهو أَنَّ من التزم حمْلَ إنسان إلىٰ موضع ، وسلم إليه دابةً ، فهل له أن يبدلها بأخرىٰ ، من غير سببٍ ؟ فيه اختلاف سيأتي موضحاً، إن شاء الله تعالىٰ .

هـٰذا كله إذا أفلس المكري .

٣٩٦٤- فأما إذا أفلس المكتري ، فلا يخلو : إما أن تكون الإجارة على العين أو على الذمة . فإن كانت الإجارة على العين، بأن كان اكترىٰ داراً معينة أو دابةً معينة ،

---

(١) في الأصل : فيه ، والمثبت من (ت٢).

(٢) في الأصل : فكل .

(٣) (ت٢) : العقد .

وما سلم الأجرة ، فأفلس ، والإجارة باقية ، فالمذهب الصحيح أنه يثبت للمكري الرجوعُ إلى المنافع في بقية المدة . فإن آثر ذلك ، فلتفسخ الإجارة في بقية المدة ، ويضارب الغرماء بأجرة المنفعة الماضية . وقد تقدم شرح هـٰذا .

٣٩٦٥ـ ثم قال العلماء : إن كان أجَّر أرضاً ، فزرعها المستأجر ، وأفلس ، فللمكري الفسخ [و][1] لا يقلع الزرع ، بل يرجع بأجرة مثل بقية المدة ، يقدم بها من غير مضاربة ، كما تقدم .

ولو كان اكترىٰ دابة وحمَّلها ، وأفلس في خلال الطريق ، فللمكري الفسخُ . ولـٰكن لا يضيّع متاع المفلس ، بل يمكّنه من نقله إلىٰ مأمن ، وليس عليه أن يمكنه من نقله إلىٰ مقصده ؛ فإنّ المطلوب ألا يضيع حق المكتري ، لا أن يحصِّل مقصودَه .

ولو لم يؤثر [المكري][2] الفسخ[3] وأراد مضاربةَ الغرماء بالأجرة المسماة ، فله ذلك ، ولا تضيع المنفعة في بقية المدة على الغرماء ؛ فإن كانت مشغولة بزراعة أو غيرها ، فهو المراد . وإن لم تكن مشغولة ، أكريت تلك العين ، وصرفت أجرتها إلىٰ حقوق الغرماء .

هـٰذا إذا كانت الإجارة واردة على العين .

٣٩٦٦ـ فأمّا إذا كانت على الذمة ، وأفلس المكتري ، فإن كان المكري قد استوفى الأجرة قبل الحجر ، فلا كلام ، والمنفعة في ذمة المكري ، حقٌّ من حقوق المكتري المفلس ، تُصرف إلىٰ ديونه كسائر أمواله .

وإن لم يكن المكري قبض الأجرة ، وفرعنا علىٰ أن الإجارة الواردة على الذمة ليست سلماً ، ولا يجب تسليم الأجرة في المجلس ، فإذا أفلس/ المكتري، فللمكري فسخُ الإجارة بسبب تعذر العوض ؛ فإن آثر ذلك ، برئت ذمته منه عما عليه من الحق ، وانفسخت الإجارة .

ي ٢٣٦

(١) في الأصل : ثم . والمثبت من (ت٢).
(٢) في الأصل ، (ت٢) : المكتري .
(٣) ساقطة من (ت٢) .

فصل

قال : « ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ، ثم قَدِم آخرون. . . إلىٰ آخره »[١] .

٣٩٦٧ـ إذا حجر القاضي على المفلس ، وقسم ماله علىٰ غرمائه ، ووزعها عليهم ، فلاشك أن التوزيع يقع علىٰ أقدار الديون ، لا علىٰ أعداد الرؤوس . فإذا كان له غريمان لأحدهما عليه أربعة آلافٍ ، وللثاني ألفان ، وجملةُ ماله ثلاثة آلافٍ ، فيصرف ألفان إلىٰ من له الأربعة ألف ، وألف إلىٰ من له ألفان .

ووضوح ذلك مغنٍ عن بسطهِ . فإذا قسمنا المال علىٰ مبالغِ الديون ، فظهر للمفلس غرماء آخرون بعد القسمة وفَضِّ الأموال على الحصص ، وتبين أن الذين ظهروا كانوا على استحقاقهم حالة الحجر ، ولـٰكن كانوا غُيَّباً ، فهـٰؤلاء يخاصمون الذين قسمنا المال عليهم ، وينزلون معهم منزلة ما لو كانوا موجودين حالة القسمة ، حتىٰ إذا كان المال ثلاثةَ آلافٍ ، والغريمان الأولان علىٰ أربعة آلافٍ وألفين ، فظهر غريمٌ ثالث بأربعة آلافٍ ؛ فإنه يسترد من الألفين الذين سلمناهما إلىٰ صاحب الأربعة ثمانمائة ، ويسترد من صاحب الألفين من الألف أربعمائة ، فيخلص له ألف ومائتان ، ويبقىٰ لصاحب الأربعة آلاف ألفٌ ومائتانِ ، ويبقىٰ في يد صاحب الألفين ستمائةٍ ، فتعتدل القسمة علىٰ [الاحتياط][٢] والحصص .

٣٩٦٨ـ ولو كان عند القسمة غريمان لكل واحد منهما ألف ، والمال ألف ، فقسمناه بينهما نصفين ، فأتلف أحد الغريمين حصته وأعسر ، وظهر غريم ثالث بألف ولم يجد مرجعاً على الغريم الذي أتلف ما خصَّه وأعسر ، فصادف الخمسمائة في يد الآخر ، فبكم يحاصّه ؟ اختلف أصحابنا في المسألة ، فذهب الأكثرون إلىٰ أنه يشاطره فيها ، ويقول : تلك الحصة قد فاتت وأنا وأنت سيّان فيما بقي ، وتقدُّمُ صورة القسمة لا يخلّفني عنك ، وقدْرُ دَيْني كمقدار دينك ، فيشترك في هـٰذا الباقي على استواءٍ .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٢ .

(٢) كذا في (ت٢) ، وفي الأصل بغير نقط . ولعلها : « على الاحتصاص » .

وذهب بعض أصحابنا إلىٰ أنه لا يأخذ من هـٰذه الخمسمائة إلا ثلثها ؛ فإن الحصة الأخرىٰ لو كانت باقية ، لكان يأخذ منها ثلثها أيضاً ، فلئن فاتت تلك الحصة وأعسر صاحبها ، فلا ينبغي أن يرجع بما فات من حقه بسبب تلك الحصة الفائتة على الحصة الباقية ، وكان حقه في أيديهما ، ففواته بسبب فوات ما في يد أحدهما لا يرد جميع حقه إلىٰ ما في يد الثاني .

وهـٰذا الخلاف قريبُ المأخذ من القولين في أن أحد الوارثَيْن لو أقر بدَيْنٍ وأنكر الثاني ، فهل ينحصر جميعُ الدين في حصة المقر ؟ أم لا يلزمه [منه][1] إلا ما كان يطالَب به لو أقر صاحبه معه ؟ وفيه قولان سيأتي ذكرهما في كتاب الأقارير ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٩٦٩ـ ومما أطلقه الأصحاب[2] في قاعدة هـٰذا الفصل أن قالوا : إذا اقتسم الغرماء مالَ المحجور ، ثم ظهر غريم بدين قديم ، فالقسمة السَّابقة لا تنقض، ولـٰكن الغريم الظاهر يُحاصّ كلَّ واحد بمقدار حقه ، واعتلّوا بأن قالوا : الغريم لا حق له في أعيان الأموال ، وإنما تعلقه بالمالية ، وإذا[3] كان يرجع علىٰ كلٍّ بحصته ، فلا معنىٰ لنقض القسمة مع وصوله إلىٰ ما هو حقه ، من غير تقدير تعويض وإبدالٍ .

وهـٰذا يظهر جداً إذا ردت الأمتعة إلى النقود وفُضّت علىٰ أقدار الديون ، ولم يكن لواحد من الغرماء في محل الكلام عين مال ، وإنما حقوقهم ديون مرسلة .

ش ٢٣٦ **٣٩٧٠ـ** ولو اقتسم الورثة أعيان التركة ، ثم بدا دينٌ ، فالأصح المنصوص عليه/ أن القسمة لا تنقض ببَدْو[4] الدَّيْن ، بل يرجع الغريم علىٰ كل وارث بحصته إلى استيعاب حقه ؛ فإن حقه يتعلق بمالية التركة ، لا بأعيانها . وأثر القسمة في إفراز الأعيان . وإلا فالتركة في أيدي الورثة .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) (ت٢) : بعض الأصحاب .
(٣) (ت٢) : إذا (بدون واو) .
(٤) (بَدْو) : مصدر بدا بَدْواً : أي ظهر . (قاموس).

ولو اقتسم الورثة أعيان التركة ، ثم ظهر وارث آخر ، فالقسمة منقوضة ؛ فإن الوارث يتعلق استحقاقه بالأعيان ، فتصحيح الإفراز مع شيوع شركته في التركة محال .

وللشافعي قول آخر : إنه إذا بدا دين، تبيّنا انتقاض القسمة من أصلها ؛ لأن التركة مرتهنة بالدين ، والتصرف في المرتهن مردود ، وسنذكر هـٰذا في موضعه، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٩٧١ـ ولو أجرىٰ مُجرٍ[1] هـٰذا القول في بُدوّ غريم للمحجور عليه بعد اقتسام الغرماء الأوّلين ، لم يكن بعيداً ؛ إذ لا فرق بين بُدوّ دَيْنٍ في التركة ، وبين ظهور غريم للمحجور عليه .

٣٩٧٢ـ ومما يتعلق بهـٰذا الفصل أن المحجور عليه لو استفاد مالاً جديداً ، والحجر مطّردٌ عليه ، بأن قبل هبةً ، أو وصية ، أو احتش ، أو احتطب ، أو اشترىٰ وصححنا شراءه على الأصح ، فهـٰذه الأملاك الحادثة في اطراد الحجر هل يتعدىٰ إليها مقتضى الحجر ، حتىٰ لا ينفذ فيها تصرف المحجور عليه ؟ أم هي خارجة عن موجَب الحجر ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنها خارجةٌ عن موجب الحجر ؛ فإن الحجر تعلق بالأموال العتيدة الموجودة لدى الحجر ، وكان المقصود منه قصر يد المفلس عن التصرّف فيها ، فلا سبيل إلىٰ تعدية الحجر عن تلك الأموال . والحجر من القاضي في أموال المفلس ، كحجر الراهن علىٰ نفسه في العين المرهونة ، ثم الرهن لا يتعدىٰ موردَه . هـٰذا وجه .

والوجه الثاني ـ أن الحجر يتعلق بالأموال المستجدة ؛ فإن السلطان لم يقصد بحجره تخصيصَ مالٍ ، وإنما قصد التسبب إلىٰ إيصال الحقوق إلىٰ مستحقها ، وهـٰذا القصدُ لا اختصاص له بالمال الموجود ، فليكن المحجور عليه تحت الحجر فيما كان موجوداً ، وفيما استجدّه واستحدثه .

٣٩٧٣ـ ومن الأصول اللائقة بما نحن فيه أَنَّ الحجر إذا انطلق ـ كما سنوضح سبب انطلاقه في آخر الفصل ـ وكان الغرماء علىٰ بقايا من ديونه ، فلو حدث للمديون مالٌ بعد

---

(١) ساقطة من (ت٢) .

انطلاق الحجر ، لم يعد محجوراً عليه بنفس حدوث المال ، ولـٰكن لو استدعى الغرماء إعادةَ الحجر بسبب المال الحادث ، وكانت بقايا الديون زائدةً على المال الحادث ، أو مساوية له ـ على التفصيل المقدم في أول الكتاب ـ فالقاضي يجيب إلىٰ ذلك .

فلو تجددت له ديون مع تجدد الأموال ، لم يختص الغرماء الذين حدثت حقوقهم [بالمال الحادث ، بل اشترك فيه القدماء من الغرماء الذين حدثت حقوقهم](١) .

ولو بدا للمحجور عليه مال قديم ، اختص بالتضارب فيه الغرماء القدماء ، ولم يشاركهم فيه من حدث حقه .

٣٩٧٤ـ والضَّابط فيه أن المال الحادث يشترك فيه الغريم القديم والحادث ، والمال القديم الذي كان في الحجر الأوَّل يختص به الأولون ، ولا يشارك فيه من حدث حقه بعد انطلاق الحجر الأوّل . ولو انطلق الحجر الأول ، (٢ وحدث بعده مال ، ولا حجر بعدُ ٢) ، وحدث بعد حدوث المال دين ، ثم ضرب الحجر ثانياً ، اشترك القدماء ، ومن حدث دينه ، وليس للقدماء أن يقولوا : لا يشركنا في المال الحادث من حدث دينه بعد حدوث المال ؛ فإن ذلك الدين إذا حدث قبل عَوْد الحجر ، فلا نظر إلىٰ تقدم المال عليه إذا اجتمع حدوث المال والدين في انطلاق الحجر . وهـٰذا واضحٌ لا يخفىٰ على الفقيه، ولا يضرّ التنصيص عليه .

٣٩٧٥ـ ومما يليق بمضمون الفصل أَنَّ الديون التي تتجدد في زمان الحجر تنقسم : فمنها ما يتجدد في المصلحة المتعلقة بمال المفلس/ كالمؤن التي تلزم : [من](٣) أجرة الدلال أو الكيّال أو غيرهما ، فما كان كذلك ، فهو متقدّم علىٰ حقوق الغرماء ، من غير مضاربة ؛ فإنا لو لم نقدم هـٰذه الديون ، لامتنع التصرف في مال المفلس علىٰ مقتضى الصَّلاح ، ولرغب العمَلة عن العمل الذي لابد منه . ي ٢٣٧

وأما ما يتجدد من دَيْن في ماله ، ولا تعلق له بصلاح الأمر ، وحاجة الوقت ، فلا

---

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .
(٣) مزيدة من (ت٢) .

تعلق لمستحق هـٰذا النوع من الدين بمال المحجور عليه ، فإن ذلك المال في حق الغرماء الذين جرى الحجر باستدعائهم بمثابة المرهون في حق المرتهن ، فلو أتلف المفلس مالاً ، تعلق بدلُه بذمتهِ ، ولم يزاحم مستحقُّ الدين الغرماء في الأموال . وكذلك القول في جملة الديون التي لا يتعلق لزومها بالمصلحة والحاجة .

فهـٰذا تمامُ القول في ذلك .

فَصْلٌ

قال : « وإن أراد الحاكم بيع متاعه أو رهنه ، أحضره . . . إلىٰ آخره »[1] .

٣٩٧٦ـ إذا استمر الحجر ، اشتغل الحاكم على القُرب بتنجيز الأمر حتىٰ لا يطول أمد الحجر من غير حاجة ، وذلك بأن يبتدر بيعَ الأمتعة ويَنْصِب في ذلك كافياً أميناً إن كان لا يتعاطاه بنفسه ، ولا ينبغي أن يُفْرِط في العجلة ، فتُشتَرَى الأمتعة ببخس ، ولا يتأنَّىٰ بعد حصول الاحتياط اللائق بالحال .

ثم قال : ينبغي أن يحضر المحجورُ عليه مكانَ البيع ؛ فإن ذلك أنفىٰ للتهمة ، وقد يعرف صاحب المتاع مما يُروِّج به متاعَه ما لا يعرفه غيره ، وهـٰذا استحباب ، وذكرٌ للأَوْلىٰ .

ثم قال : ينبغي أن يبدأ ببيع الحيوانات ؛ فإنها عرضةٌ للتلف ، وفي إبقائها تكثيرُ المؤن . ثم يبيع ما يتسارع إليه الفساد ، ويؤخر بيعَ العقار . ويبيعُ كل شيء في سوقه ؛ فإن ذلك أرْوج لها ، وأحرىٰ بأن يَنْفَد[2] العَرْض[3] فيها .

٣٩٧٧ـ ثم إن رضي الغرماء، جَمْعَ أثمان السلع ، حتىٰ إذا انتجزت ، فرقها حينئذ علىٰ أقدار الحقوق . وإن أبَوْا أن يصبروا ، ورأَوْا أن يفرّق عليهم كلَّ مقدار ينتجز ويَحصُل ، أجيبوا إلىٰ ذلك . وإن رضوا بالجمع ، جمع القاضي عند عدل . ولا يبعدُ

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٢ .

(٢) (ت٢) : ينفذ (بالذال) وفي الأصل غير منقوطة . ثم، نَفِدَ من باب تعب (مصباح).

(٣) العَرْض : المتاع . والمعنىٰ أن كل متاعٍ يباع في سوقه ، فهو أروج له .

في مسلك الرأي أن يُقرِضَ ما يتحصل مَليّاً وفيّاً ؛ فإن أعيان الأموال قد تضيع ، والدين في ذمة المليء الوفي أقربُ إلى الثبوت . وقد ذكرنا في تصرف القُوَّام أنهم لو شاؤوا[(١)] أن يُقرضوا مالَ الطفل علىٰ موجَب المصلحة ، فلا معترضَ عليه .

٣٩٧٨ـ ثم قال **صاحب التقريب** : إذا أراد القاضي أن يبتدىء قسمةَ المال ، لم يُحوج الغرماء أن يقيموا بيِّنةً علىٰ أنه لا غريمَ للمحجور غيرُنا . وقد نقول : لا يقسم الحاكم التركة بين ورثة المتوفَّىٰ ، حتىٰ تقوم بينة من أقوام ذوي خبرة بباطن أمر المتوفىٰ أنهم لا يعرفون [له][(٢)] علىٰ طول المخالطة والخبرة وارثاً سوى الحاضرين . وسيأتي ذلك في كتاب الدعاوىٰ، إن شاء الله عز وجل .

قال **صاحب التقريب** : إذا حجر القاضي ، وشَهَر حجرَه ، وأشاعه في الناس ، كفىٰ ذلك في حصول الغلبة على الظن بأنه لا غريم له سوىٰ هـٰؤلاء ؛ إذ لو كانوا لظهروا . ولما حجر عمر رضي الله عنه على الجهني ، اكتفىٰ بأن شَهَر الحجرَ بذكره إياه في أثناء الخطبة . وما ذكره **صاحب التقريب** حسنٌ . ولـٰكن لا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء ، والقسمة على الورثة ، فحيث نقول : لا بد من إقامة الشهادة على أن لا وارث ، فلا بد من مثله في القسمة على الغرماء .

٣٩٧٩ـ وممّا يتعلق بتمام الفصل أن القاضي إذا قسم ما وجد من ماله علىٰ غرمائه ، واعترف الغرماء بأن لا مال له سوى المقسوم علينا ، فهل يُحكَم بانطلاق الحجر عنه ، أم لا بد/ أن يتولى القاضي إطلاقَه ؟ فعلىٰ **وجهين في طريقة العراق** : **أحدهما** ـ أنه لا حاجة إلىٰ إطلاقه ؛ فإن موجَب الحجر قد زال . **والثاني** ـ أنه لابد من الإطلاق ؛ فإن ذلك مجتهَدٌ فيه ، وقد تمس الحاجة إلىٰ مزيد بحث ، فليتوقف الأمر علىٰ إطلاق القاضي ، حسماً للمادّة ، وقطعاً للتهمة ، وكما لا يثبت الحجر ابتداء من غير ضرب ، ينبغي ألا ينحلّ انتهاءً من غير رفعٍ ، وليس كحجر الجنون والصبا، علىٰ ما سيأتي ذكرهما في كتاب الحجر ، إن شاء الله تعالىٰ .

ش ٢٣٧

---

(١) (ت٢) : رأوا .

(٢) ساقطة من الأصل .

٣٩٨٠ـ ثم المنصوبُ الذي يتولىٰ بيع مال المفلس بإذن الحاكم ليس له أن يسلّم مبيعاً من ماله قبل توفير الثمن عليه . وقد ذكرنا في أن البداية في التسليم بالبائع أو المشتري أقوالاً في كتابِ البيع ، ولا يجري منها في الذي يبيع مالَ المفلس إلا **قولان** : **أحدهما** ـ أن المشتري منه هو المجبر علىٰ تسليم الثمن. **والقول الثاني** ـ أنهما يجبران علىٰ تسليم المبيع والثمن [معاً][1] ولا يخرج قولنا : إن البائع يجبر على البداية ؛ من جهة أنه يجب على النائب رعاية حق من يتصرف له . هـٰذا هو اللائق بمنصب النائب الأمين . ولا يخرج أيضاً قولنا : لا يجبران ؛ فإن الحاجة ماسة إلىٰ تنجيز الأمر ، حتىٰ لا يطول أمد الحجر .

٣٩٨١ـ وقد يقع الفرض في صورة لا يخرج فيها إلا قولٌ واحد . وهو أن يكون البائع نائباً كما ذكرناه ، ويكون المشتري وكيلاً أيضاً ، فلا يخرجُ في هـٰذه الصورة [قولُ][2] إجبار المشتري على البداية ، وينحصر الجواب في أنهما يجبران معاً ، حتىٰ يتوفر الغرضان ، ويعتدل الجانبان .

وما ذكرناه في [المتصرف][3] في مال المحجور يجري في كُلّ وكيلٍ .

٣٩٨٢ـ ولو باع الوكيل سلعةَ مُوكِّله ، ونَهَيْنا عن البداية بالتسليم ، كما تقرر ، فلو ابتدر وسلم المبيع ، فقد تعدّىٰ وأساء ، ولو وُفّر[4] الثمن عليه ، خرج عن حكم العهدة ، إذا كان مأذوناً له في قبض الثمن ، ولا نقول : تعدّيه في البداية يُديم عليه حكمَ العدوان في الثمن الذي توفر عليه .

ولو سلم المبيع ، وعسُر قبض الثمن ، وفات الأمر ، فيضمن الوكيل . وفيما يضمنه **وجهان** ذكرهما **صاحبُ التقريب** : **أحدهما** ـ أنه يضمن الثمن ؛ فإنه فوّت متعلّق الثمن ، وكان كالشاهد الزور إذا أوقعت شهادته حيلولة ، ثم رجع عن شهادته . وهـٰذا

---

(١) في الأصل : جميعاً .
(٢) في الأصل : إلا قول . والمثبت من (ت٢).
(٣) في الأصل : المصرف .
(٤) (ت٢) : توفر .

القائل يعضد مذهبه بأن تغريم الوكيل قيمة المبيع للموكِّل بالبيع بعيد ، والمبيع ليس ملكاً بعدَ البيع للمُوكِّل بالبيع . وليس كالمرهون الذي يضمن متلفه قيمتَه للمرتهن ؛ فإن حق الوثيقة يتعدىٰ إلى القيمة .

والوجه الثاني : أنه يضمن قيمة المبيع، من جهة أنه التزام بالخوض في البيع ألا يسلمه ، ولا يثبت حق موكله فيه إلا بشرط ، فإذا لم يف بالشرط ، لزمته القيمة ؛ نظراً إلىٰ ما قبل البيع . وإن كان المبيع عند التسليم خارجاً عن ملك الموكل .

٣٩٨٣ـ وهـٰذا الضمان على الجملة بدعٌ خارج عن قانون الضمان ؛ فإنه لم يلتزم الثمنَ بجهةٍ ، ولما سلم المبيع ، لم يجر عدوانُه في ملك الموكِّل ، وحق الحبس لا يُضمن بالقيمة ، فالقياس الكلّي نفيُ الضمان ، والاقتصار علىٰ تأثيم الوكيل إن عمد ؛ فإن المشتري إذا قبض المبيع ، وأتلفه ، فقد وقع القبض مستحقاً . ولـٰكن اتفق الأصحاب على الضمان . وهو من آثار عهدة العقد ، فالأوجه إذاً ألا يلزم الوكيلَ إلا الأقلُّ ؛ فإن كان/ الثمن أقلَّ من القيمة ، لم[1] يلزمه إلا الثمن . وإن كانت القيمة أقل ، فقد يقول الوكيل : احسبوني غاصب عين ومتلفها . ي ٢٣٨

وإلزامه الثمنَ ، والقيمة أقل ، له وجهٌ علىٰ بعد ، وأما إلزامه القيمة والثمن أقلُّ ، فلا وجه له .

فَصْلٌ

قال : « وينبغي أن يُشهد أنه وقف مالَه . . . إلىٰ آخره »[2] .

٣٩٨٤ـ إذا حجر على المفلس الحاكمُ ، فالأوْلىٰ أن يُشهد على الحجر [3] وليس ذلك بواجب ، ولـٰكن الأولىٰ ما ذكرناه . والغرض منه شَهْرُ الحجر [3] ، ونشر الأمر ، والتأكيدُ بالإشهاد ، حتىٰ إذا ظهر ذلك ، لم يعامَل المحجور اغتراراً بما عُهد له من مال .

٣٩٨٥ـ ثم ذكر **الشافعي** تفصيلَ القول فيما يمتنع من تصرفات المحجور .

---

(١) عبارة (ت٢) : بَعُدَ أن يلزمه أكثر من الثمن .
(٢) ر . المختصر : ٢/٢٢٢ .
(٣) ساقط من (ت٢) ما بين القوسين .

والقول الجامع أن تصرفاته تنقسم إلىٰ ما يتعلق بعين ماله ، وإلىٰ ما لا يتعلق بها : فأما ما يتعلق[(١)] بعين ماله ، فلا ينفذ في الحال انفرادُه بالتصرفات ، وهـٰذا أثر الحجر ، ولو كان من ماله عبيدٌ ، فأعتقهم ، لم ينتجز نفوذُ العتق فيهم وفاقاً ، وإذا مست الحاجةُ إلىٰ بيعهم في الديون ، بعناهم ، وصرفنا أثمانهم إلى الغرماء . وإن جزم المفلسُ إعتاقَهم .

٣٩٨٦ـ ولو أعتق الراهن العبدَ المرهون ، فقد اختلف القولُ في نفوذ عتقهِ ، فقد نقول : في قولٍ : ينفذ عتقه ، وإن كان معسراً . وهـٰذا مما يجب التنبيه له ، والوقوفُ عنده ؛ فإنَّ الفقيه قد يرى الحجر بالرّهن المنبرم بالإقباض آكد . والتحقيق في هـٰذا أن القاضي يحجر علىٰ تصرفه ، وليس يرهن ماله ، فأثر حجره منعه من التصرف . والرهن متضمنه تعليق وثيقة بعين ، فتخيل قائلون أن ملك الراهن أقوىٰ من حق وثيقة المرتهن .

ولـٰكن إذا أعتق المفلس عبداً ، واتفق تأدية الديون ، بأن وجدنا راغبين اشتَرَوْا الأمتعةَ بأكثرَ من قيمتها ، وفضَلَ ذلك العبدُ ، فهل نحكمُ بنفوذ العتق فيه ، وقد برئت الذمة ؟ فعلىٰ **قولين** ، وتوجيههما : أن العتق من المفلس مردود أم موقوف ؟ فعلىٰ **قولين** : **أحدهما** ـ أنه مردود ؛ فإن الحجر تضمن إبطالَ عباراته في التصرفات المتعلّقة بالمال ، فلغا ما قال .

والقول الثاني ـ العتق موقوف ؛ فإن القاضي لم يلحق المحجور عليه المفلسَ بالناقص بصباه أو سفهه ، وإنما راعىٰ حق الغرماء ، فالمفلس تامٌّ بصفته ، والعتق قابل [للوقف][(٢)] ، فانتظم منه انتظار العاقبة . ثم إذا فضل ذلك العبدُ ، تبيّنا نفوذَ العتق علىٰ هـٰذا القول من وقت اللفظ . هـٰذا في إعتاقه .

٣٩٨٧ـ ولو كاتب عبداً لم تنجّز الكتابة ، حتىٰ نقدرها مانعة من صرف هـٰذا العبد إلى الدين . ولـٰكن لو فضل هـٰذا العبدُ عن الديون ، كما صورناه في العتق ، ففي نفوذ الكتابة علىٰ مذهب التبيّن القولان .

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٢) .
(٢) في الأصل : التوقف .

ولو باع شيئاً من أمواله ، لم يكن بيعه مانعاً للقاضي من تصرفه[1] اللائق بالحال . ولـٰكن لو فضل ذلك المبيع ، ففي نفوذ البيع على التبيّن قولان .

٣٩٨٨ـ وكان **شيخي** يرتب هـٰذه المسائل ، ويجعل العتق أولىٰ بالنفوذ ؛ من قِبَل قبوله التعليق بالأغرار[2] ، والوقفُ دون التصريح بالتعليق . والكتابة تلي العتقَ ، وتستأخر عنه لما فيها من المعاوضة . والبيع يترتب على الكتابة ، وهو أولىٰ بأن لا ينفذ ؛ لأنه معاوضة محضة عرية عن قبول التعليق بالأغرار ، والهبة في هـٰذا الترتيب في درجة البيع ، فإنها لا تُعلّق، كما أن البيع لا يعلّق .

فهـٰذا بيان ترتيب هـٰذه المسائل .

٣٩٨٩ـ فإن رأينا إلغاء هـٰذه التصرفات وإبطالَها في الحال والمآل ، تصرفنا في المبيع ، والمعتَق والمكاتَب تصرُّفَنَا في سائر الأموال . وإن رأينا إجراءها على/ الوقف ، وأمكننا تأدية الديون دون التصرف في محالِّ تصرفات المفلس ، أخرنا محالَّ تصرفه، وإن انتهت الحاجةُ إليها، ابتدرنا ما وهبه ، وقدمنا التصرف فيه على التصرف في المبيع ؛ فإن البيع ألزم من الهبة ، وأبعد من النقض ، ثم نتصرف بعد الموهوب في المبيع ، ثم في المكاتَب، ويؤخر المعتق . وهـٰذا الذي نذكره علىٰ قول الوقف استحقاقٌ ، وترتيبه واجب ، وليس علىٰ مذهب الأوْلىٰ والمستحب ، وكل تصرف كان أقوىٰ، فإنا نؤخر محلَّه جهدنا .

ش ٢٣٨

٣٩٩٠ـ ولو لم نجد زبوناً يشتري من أمتعة المحجور إلا العبد الذي أعتقه ، والتفريع علىٰ قول الوقف ، فقال الغرماء : حاجتنا ماسة في الحال إلىٰ شيء ، فلا

---

(١) كأن بالعبارة نوعاً من الغموض . فالمعنىٰ : أن بيع المفلس شيئاً من ماله ـ يكون موقوفاً ، ولا يمنع القاضي من تصرفه في أمواله بما يليق بحال مصلحة الغرماء .

(٢) كذا في النسختين ، وعند الرافعي حكاية هـٰذا الكلام عن الشيخ أبي محمد بلفظ : « العتق أولىٰ بالنفوذ لقبوله الوقف، وتعلقه بالإقرار، وتليه الكتابة. . إلخ» (ر . فتح العزيز : ١٠/ ٢٠٥). وكأني بها مصحفة عند الرافعي، وعندنا هنا أقرب للصواب؛ فالمعنى أن العتق يقبل التعليق بالأغرار (أي ما ينتظر وَيُتَوقَّع) والوقف دون التعليق، فهو أكثر قبولاً، أي صحة .

تؤخروا حقّنا ، ونَجِّزوا بيعَ هـٰذا العبد ، فهـٰذا فيه احتمالٌ ظاهر ؛ فإن تأخير حقهم بعيدٌ ، وإبطالُ الإعتاق لتوقفٍ[(١)] ـ مع الاشتغال والتشمير ـ فيه[(٢)] بعيدٌ[(٣)] أيضاً ؛ فلينظر الناظر .

وغالب الظن أن الغرماء يجابون في الصورة التي ذكرناها .

فهـٰذا بيان تصرفات المفلس في أعيان أمواله .

٣٩٩١ـ فأما تصرفه الذي لا يتعلق بعين ماله، فنذكر ما قد يخفىٰ ، ونترك ما لا خفاء به ، كنفوذ طلاقه وخُلعه ، وعفوه عن القصاص ، واستلحاق النسب ، ونفيه باللعان ، فلا خفاء بنفوذ هـٰذه الأشياء .

٣٩٩٢ـ والذي يُعتنىٰ به أنه لو نكح امرأةً ، صح . وإن كان النكاح يُلزمه النفقة ، علىٰ ما سنعيد هـٰذا في الفصل المشتمل علىٰ بيان النفقات ، إن شاء الله تعالىٰ .

٣٩٩٣ـ ولا شكّ أنه لو اتّهب ، أو قبل الوصيّة ، صح ذلك منه ؛ فإنّ ما يأتي به من هـٰذه الأجناس اكتساب أموالٍ ، وليس تصرفاً في المال الذي اشتمل الحجرُ عليه .

٣٩٩٤ـ ولو اشترى المفلس ، فالمذهب الأصح أن شراءه صحيحٌ ، إذا كان الثمن وارداً على الذمة ؛ فإنه ليس محجوراً عليه في لفظه وذمته . وذكر بعض أصحابنا قولاً في إبطال شرائه، توجيهه يظهر بالتفريع .

فإن قلنا : لا يصح الشراء ، فلا كلام . وإن قلنا : يصح الشراء ، فلا يؤدَّى الثمنُ

---

(١) كذا . وحكى الرافعي عن الإمام هـٰذه المسألة بصيغة أخرىٰ ليس فيها هـٰذا اللفظ ، قال : « قال الإمام : فلو لم يوجد راغب في أموال المفلس إلا في العبد المعتق ، وقال الغرماء : بيعوه ، ونجزوا حقنا ، ففيه احتمال ، وغالب الظن أنهم يجابون » ا .هـ (ر . الشرح الكبير بهامش المجموع : ١٠/ ٢٠٥) .

(٢) فيه: أي الإعتاق. (ولعلها: المتوقف فيه).

(٣) في الأصل ، كما في (ت٢) : بعدٌ . والمثبت تقدير منا. ومعنى العبارة ـ كما هو واضح من السياق ـ إن تأخير حقوقهم بعيد، وإبطال الإعتاق الموقوف ـ مع تشميرنا واجتهادنا في البحث عن المشترين ـ بعيدٌ أيضاً. والله أعلم. والعبارة على أي حال فيها نوع قلق.

من المال الذي اشتمل الحجر عليه . ولـٰكن هـٰذا يخرّج عندنا على الخلاف المقدّم في أن المال الذي يحدث للمحجور هل يشتمل عليه الحجر ؟ فإن قلنا : يشتمل الحجر علىٰ ما يستحدثه ، فهـٰذا القياس يقتضي أن يصرف ما اشتراه إلىٰ ديونه ، ويقال لمعامله والبائع منه : أسأْتَ إذ عاملته[1] ، فاكتف بذمته ، وارتقب يُسره في ثاني الحال . هـٰذا هو القياس ، وفيه تحقيق[2] .

٣٩٩٥ـ وحاصل المذهب المأخوذ من مرامز كلام الأصحاب **وجهان** : **أحدهما** ـ ما ذكرناه ، وهو أن الغرماء يتضاربون في المبيع ، والبائع محالٌ علىٰ ذمة المفلس ، يطالبه بالثمن إذا انطلق عنه الحجر . وتعليله ما ذكرناه .

والوجه الثاني ـ أن البائع لا يضارب الغرماء في الأموال التي انعقد الحجر عليها ؛ فإن دينه جديد ، ولـٰكنه يضارب الغرماء في ثمن المبيع المستفاد منه ؛ فإن دينه يثبت مع ثبوت الملك في المبيع ، وهو عوض المبيع . فلا أقل من أن يشارك الغرماءَ في العين المبيعة .

٣٩٩٦ـ وممَّا يتعلق بتمام البيان في هـٰذا الفصل القولُ في أن البائع لو أراد الرجوعَ في العين [المبيعة][3] على الأصل الممهد في إثبات ذلك للبائع ، إذا وجد عين ما باعه في يد المشتري . ونحن نقدم علىٰ ذلك مسألة ، ذكرها **الشيخ في شرح التلخيص** : وهي أَنَّ العبد القِنَّ لو اشترىٰ بغير إذن سيده شيئاً ، فالمذهب أن البيع فاسد ، ومن أصحابنا من حكم بصحة البيع . وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيع .

فإن فرعنا علىٰ صحة البيع ، فلاشكّ أنه يتعذر على البائع استيفاء الثمن ؛ فإن متعلقه الذمة على/ الإطلاق ، وكل دين تعلق بالذمة ، فالعبد لا يطالَب به في رقِّه ، ولـٰكن إذا عَتَق اتُّبع به . ي ٢٣٩

فإذا علم البائع ذلك ، وكان الثمن حالاً ، ولم يكن عالماً بكونه عبداً حالة العقد ،

---

(١) (ت٢) : بايعته .
(٢) (ت٢) : تحيف .
(٣) في الأصل : المبيع .

فله حق فسخ البيع ، والرجوع إلى المبيع . قطع به **الشيخ** ، وحكىٰ فيه وفاق الأصحاب .

ولو كان عالماً بحقيقة رقِّه عند البيع ، ففي ثبوت الخيار **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يثبت الخيار . وهو الذي حكاه **الشيخ في الشرح** . **والثاني** ـ أنه لا خيار له ، حكاه غيره ، ووجهه أنه أقدم علىٰ معاملته مع العلم بحقيقة صفته ، فلا يثبت الخيار لمن يكون مطلعاً علىٰ سببه عند العقد .

فإذا ثبتت هٰذه المقدمة ، عدنا إلىٰ غرضنا ، فنقول :

٣٩٩٧ـ إذا باع شيئاً من المفلس المحجور عليه ، وكان عالماً بحاله عند العقد ، فظاهرُ المذهب أنه لا خيار له ، بخلاف العبد ؛ فإن انطلاق الحجر عنه مأمولٌ قريب ، غيرُ بعيد ، بخلاف العتق ؛ فإن توقعه[1] بعيد ، وظاهرُ الرق الاستمرار ، فإذا انضم ذلك إلىٰ علمه بفلسه ، امتنع ثبوت الخيار .

وفي المسألة وجه آخر بعيد : أن الخيار يثبت كما ذكرناه في العبد إذا اشترىٰ بغير إذن مولاه ، ووجه الجمع بيّنٌ واضح .

ولو باع من المفلس ظاناً أنه مطلق في تصرفه ، فإذا تبيّن له فلسه ، واطرادُ الحجر عليه ، فالظاهر أنه يثبت له حق الفسخ ؛ لاطلاعه على السّبب الذي تعذر به استيفاء الثمن .

ومن أصحابنا من لم يُثبت الخيارَ في هٰذه الصورة ؛ إذ لا خلاف أنه لو باع من معسرٍ غيرِ محجور عليه ، لم يكن له أن يفسخ ، إذا اطلع علىٰ إعساره ، حتىٰ يُحجر عليه . والحجر الواقع في مسألتنا لم يضرب لأجل البائع ، بل كان المحجور مطلقاً في حق البيع الذي جرىٰ ؛ فإنه استبد بنفسه فيه ، فنفذناه دون مراجعة الوالي والغرماء ، فكان بيعه مستثنىٰ عن حكم الحجر ، وهو بمثابة ما لو باع شيئاً ممن ظنه موسراً ، وسلمه إليه ، ثم تبين أنه معسر ؛ فإنه لا يفسخ البيع من غير حجر على المشتري .

٣٩٩٨ـ ومما يتعلق بتصرفات المفلس ، أنه لو أقر في حال قيام الحجر بدين في

---

(١) (ت٢) : موقعه .

ذمته ، فالمقَر له لا يضارب الغرماء الذين ثبتت ديونهم إذا لم يصدقوا المفلسَ . ولٰكن الدين يثبت في ذمة المفلس للمقر له ، يطالبه به إذا انطلق الحجر عنه ، واستفاد مالاً . وهٰذا متفق عليه ؛ فإن الإقرار ليس عقداً أنشأه .

وإذا كنا نقول : الظاهر صحة شرائه لوروده على الذمة ، وإن كان الشراء عقْدَ عهدة على الجملة ، فالإقرار الذي هو إجبار محض يُلزم ذمتَه المقَرَّ به لا محالة . من غير تخيل خلاف ، ولٰكن لا يضارب المقَرُّ له الغرماءَ في الأموال التي جرى الحجر فيها .

٣٩٩٩ـ ولو أقر المفلس بأن عيناً من الأعيان ـ التي اطرد الحجر عليها ظاهراً وكانت في يده مغصوبةٌ[١] ، وهي لفلان ، فقد نص **الشافعي في كتبه القديمة** علىٰ **قولين** في إقراره بالعين : **أحدهما** ـ أنه لا ينفذ في الحال ، وإن مسّت الحاجة إلىٰ صرفها إلىٰ ديونه ، صرفت إليها . **والثاني** ـ أن إقراره ينفذ في العين ، وهي مصروفة إلى المقر له بها؛ فإن عبارة المفلس صحيحة ، ولا تهمة في قوله .

فقال الأئمة: يجب طرد **القولين** في الإقرار بالدَّين المرسل : **أحدهما** ـ أن المقر له لا يضارب الغرماء بالدين . **والثاني** ـ أنه يضارب تخريجاً علىٰ قبول إقراره بالعين ناجزاً . وهٰذا القول يتجه في القياس . وفي الجملة لا فرق بين الدين والعين .

ش ٢٣٩ والمريض وإن كان محجوراً عليه في الزائد على الثلث ، فإقراره بالدين المستغرِق/ مقبول . وكذلك لو أقر بعين مالٍ، قُبل إقراره .

٤٠٠٠ـ فإن قيل : قطعتم القول برد عتقه وبيعه في الحال ، وذكرتم القولين في نفوذهما لو سلم محالهما عن الصرف إلى الديون علىٰ مذهب الوقف ، وذكرتم قولاً في تنفيذ الإقرار بالعين والدين المرسل ناجزاً ، وإن أضر ذلك بالغرماء . قلنا : هو كذلك ؛ فإن الحجر مقصوده منع المحجور عليه من التصرف ؛ فتنفيذ تصرفه فيما جرى الحجر عليه يناقض مقصود الحجر ، والحجر لم يسلبه العبارة عن أمرٍ مضىٰ ، وليس هو إنشاء تصرف في الحال[٢] ؛ فكان ذلك فرقاً واضحاً .

---

(١) خبر (أن) في قوله : بأن عيناً .
(٢) (ت٢) : المال .

وإذا لم ينفذ إقراره بالعين في الحال ، ولـٰكن سَلِمت العين عن الصرف إلى الديون ، وانطلق الحجر ، فلا خلاف في مؤاخذة المحجور بإقراره في تلك العين بعد ارتفاع الحجر ، ولا يخرّج على القولين المذكورين في البيع والعتق وغيرهما ؛ فإنَّ مذهب الوقف في العقود على التردد مشهور ، والإقرار يحتمل مثل ذلك ، ولو قال إنسان : إن فلاناً أعتق ، فرُدّ قولُه فيه ، فلو اشتراه ، كان مؤاخذاً بموجب قوله السابق .

فهـٰذا منتهى المراد في تصرفات المفلس في غرض الفصل .

فَصْلٌ

قال : « وذهب بعض المفتين إلىٰ أن ديون المفلس تَحِلُّ بالحجر . . . إلىٰ آخره »(١) .

٤٠٠١ـ لا خلاف أن من مات وعليه ديون مؤجلة ، حلت الديونُ بموته ، وهـٰذا متفق عليه ، وإن كان قد يظهر إضرار ذلك بالورثة ؛ فإن الدين المؤجل إلىٰ عشرين سنة لا يساوي شيئاً به مبالاة ؛ وإذا حل الدين ، فقد تضاعفت المالية في حق مستحق الدين ، ولـٰكن الأمر علىٰ ما وصفناه .

٤٠٠٢ـ ولو جن من عليه ديون مؤجلة ، ففي حلول الدين وقد استمر الجنون قولان : **أصحهما** ـ أنها لا تَحِلُّ ؛ فإن حلولها على الميت غير منقاس . علىٰ أن الممكن أن الآجال مَهْلٌ وفَسْحٌ . والغرض منها طلبٌ لمحل الدين في مدة الأجل ؛ وذلك مأيوسٌ منه في حق المتوفَّىٰ ؛ فإن الموت حسم إمكان العمل ، واستأصل أصلَ الأجل ؛ فلا يبعد أن يقطع مدّة الأجل ، وهـٰذا لا يتحقق في طريان الجنون ؛ فإن الآمال مبسوطة ، ما بقيت الحياة .

٤٠٠٣ـ وكان **شيخي أبو محمد** يذكر في طريان الجنون القولين ، كما ذكرناهما .

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٢٢ .

ثم كان يذكر في طريان الحجر بسبب الفلس قولين مرتبين على القولين في الجنون ، ويجعل الجنون أولىٰ بمضاهاة [الموتِ][1] في اقتضاء الحلول من الحجر ؛ من قِبل أن المجنون لا استقلال له ، ولـٰكن يخلفه قيّمه ووليّه ، كما يخلف الوارثُ الموروثَ ، والمفلس ليس خارجاً عن الاستقلال في التصرفات المختصة به .

وهـٰذا فيه نظر عندي ؛ من قبل أن قيّم المجنون لو أراد أن يتصرف له تصرفاً مشتملاً علىٰ ثمن مؤجل ، لم يمتنع ذلك ابتداءً ؛ وإذا كان لا يمتنع ما ذكرناه ابتداء ، فاقتضاؤه قطعَ الأجل محالٌ لا اتّجاه له . والوجه عندي تخصيص القولين بالمفلس المحجور ، نظراً لمستحق الدين ، والحجر مضروبٌ لمصلحة أصحاب الديون .

وبالجملة لا وجه للمصير إلىٰ حلول الأجل في غير الموت . والمعتمد في الموت الاتباع كما ذكرناه . ولا يستدّ فيه معنىً على السبر .

ونحن الآن نفرع على القولين في حلول الأجل وبقائه ، فنقول :

٤٠٠٤ـ إن حكمنا بأن الأجل لا ينقطع ، والدين لا يحل ، فنتكلم في **أمرين** : **أحدهما** ـ المضاربة بالدين المؤجل . **والثاني** ـ فسخ البيع .

فأمّا الكلام في فسخ البيع ، فالمذهبُ/ الأصح أن من باع شيئاً بثمن مؤجل ، وفُلّس المشتري بسبب ديونٍ حالة ، فليس للبائع ، والثمن مؤجل أن يفسخ البيع ، ويرجع إلىٰ عين[2] المبيع ؛ فإن الأجل يمنع حقَّ الطلب ، والفسخُ مترتب علىٰ تعذر الثمن المطلوب . ي ٢٤٠

وذكر **العراقيون** ، وغيرُهم وجهاً آخر ، وقالوا : نقرر المبيع ، ولا نصرفه إلى الديون الحالّة ، وننظر ما يكون ، فإن حل الأجل والحجر قائم بعدُ ، فللبائع حقُّ الفسخ ، وإن كان الحجر قد انطلق ، وأمكن استيفاء الثمن كاملاً ، استوفاه البائع ، وإن كان معسراً ، فقد ثبت حقُّ الفسخ ، كما سنصفه في التفريع .

وهـٰذا القائل يحتج بأصل هـٰذا الوجه بأن حق البائع متعلق بالمبيع ، تعلقَ حق

---

(١) في الأصل : الجنون .
(٢) (ت٢) : نفس .

المرتهن بالمرهون. ثم لو فرض دَيْنٌ مؤجَّل موثَّق برهن، ثم جرى الحجر ، فاختصاصُ المرتهن بالرهن قائم مع استمرارِ الأجل ، فليكن الأمر كذلك في الثمن المؤجل .

وهـٰذا مزيف عند **المحققين** ؛ فإن اختصاص المرتهن كان ثابتاً مقدَّماً علىٰ جريان الحجر ، فدام ذلك الحق . ومن باع شيئاً مؤجَّلاً ، فمقتضىٰ بيعِه تسليمُ المبيع ، وتركُ التعلّق به ، فإثبات الاختصاص بالمبيع مع دوام الأجل بعيد .

وهـٰذا الوجه علىٰ بعده مشهور ؛ فلابد من تفصيله بالتفريع ، فنقول :

إذا حل الأجل والحجر قائم ، فحق الفسخ يثبت كما ذكرناه ، وإن انطلق الحجر ، وحل الأجل والمشتري معسر ، فالظاهر علىٰ هـٰذا الوجه أن يفسخ البيع من غير حاجةٍ إلىٰ إعادة الحجر ؛ فإنّ وَقْفَنا [المبيع][1] وعزلَنا إياه على انتظار حلول الأجل من أحكام الحجر ، فكأنّ حكمَ الحجر قائم باقٍ في حق المبيع .

ومن أئمتنا من قال : إذا حل الأجل والعسر دائم ، أعدنا الحجرَ ، ليفسخ البائع . وهـٰذا بعيد غيرُ سديد .

٤٠٠٥ـ ومما يتصل ببيان هـٰذه القاعدة أنا إذا كنّا لا نحكم بحلول الأجل؛ جرياً على الصحيح ، فلو لم يكن على المشتري إلا أثمانٌ مؤجلة ، ولم يكن عليه دين حال ، فلا يثبت لأصحاب الأثمان المؤجلة طلب الحجر عليه ، وإن فرعنا على الوجه البعيد في عزل المبيع للبائع بالثمن المؤجل ؛ فإنَّ من لا يملك طلب الثمن كيف يملك طلب الحجر ؟ والتفريع علىٰ بقاء الأجل . وإن رأينا عزلَ المبيع [وانتظارَ][2] حلول الأجل ، فسببه ألا يصرف المبيع إلى الديون الحالة ، فيخيب البائع . وهـٰذا واضح لا إشكال فيه .

وما ذكرناه تمام الغرض في حكم فسخ البيع على الوجه الذي فرعنا عليه .

٤٠٠٦ـ فأما القول في المضاربة بالدين المؤجل ، فقد قطع الأصحاب كافة بأن صاحب الدين المؤجل لا يعزل له مقدارُ دينه ؛ فإن أصحاب الديون الحالة يختصون

---

(١) في الأصل : البيع .
(٢) في الأصل : غير مقروءة . وأثبتناها من (ت٢).

بالتضارب في الأموال العتيدة التي جرى الحجر فيها ، واطرد عليها ، والوجه الذي حكيناه في عزل المبيع سببه علىٰ بعده تشبيه[1] المبيع بالمرهون . وهـٰذا المعنىٰ لا ينقدح في مؤجل لا متعلق له بعين .

٤٠٠٧- وكل ما ذكرناه تفريع علىٰ أن الأجل لا يَحِلّ ، فأمّا إذا قلنا : بحلول الأجلِ ، فأصحابُ الديون المؤجَّلة يضاربون أصحاب الديون الحالة . وهـٰذه فائدة الحلول .

ولا يشك فقيه في أن من مات ، وكانت عليه ديون حالة ، وأخرىٰ مؤجلة ، ووقع الحكم بالحلول بسبب الموت ، استوىٰ في التضارب من كان دينه مؤجلاً ، ومن كان دينه حالاً .

ولو كان في يد المفلس مبيع ، وقد وقع [الحكم][2] بحلول الثمن ، فالمذهب أن البائع يملك فسخ البيع بسبب حلول الثمن مع الحجر .

ومن أصحابنا من قال : وإن حكمنا بحلول الثمن ، فلا يثبت حق الفسخ ، والسَّبب فيه أن البيع مع الأجل مبناه على انقطاع حق البائع عن المبيع/ بالكلية ، ولهـٰذا لا يثبت للبائع حق حبس المبيع إذا كان الثمن مؤجلاً ، فلا ينبغي أن يتغير البيع[3] عن وضعه ، وينقلب البائع إلى التعلق بالمبيع ، وهـٰذا ضعيف لا أصل له ؛ فإن الثمن إذا كان حالاً ، فحق الحبس يبطل بتسليم المبيع إلى المشتري طوعاً قبل استيفاء الثمن ، ثم يعود تعلّق البائع بالمبيع بسبب طريان الفلس ؛ فالوجه إذاً القطع بأنه يثبت للبائع حق الحبس[4] إذا فرّعنا على اقتضاء الحجر حلولَ الثمن . ش ٢٤٠

٤٠٠٨- وذكر بعض أصحابنا وجهاً بعيداً في التفريع علىٰ وجه الحلول ، فقال : فائدة الحكم بالحلول ألا يخيب من كان حقه مؤجّلاً . وإذا كان كذلك ، اكتفينا بأن

---

(١) (ت٢) : تشبه .

(٢) في الأصل تردّدَ الناسخ بين الحجر والحكم ، وصوب واحدة منهما بالأخرىٰ ، فلم نعلم اختياره . والمثبت من (ت٢) . وهو أوفق للسياق .

(٣) (ت٢) : المبيع .

(٤) (ت٢) : الفسخ .

نعزل حقَّ من كان دينه مؤجّلاً علىٰ ما يقتضي حسابُ التضارُب ، ثم ننتظر حلول الأجل ، فكأن الأجلَ باقٍ في حق المفلسِ ، وإن سقط أثره في حقوق الغرماء ، الذين هم أصحاب الديون الحالة .

وهـٰذا مزيّف لا أعدُّه من المذهبِ ، ولا يجب أن نعتقد جريان هـٰذا الوجه الضعيف في حق الميت إذا حلت الديون عليه ؛ فإنه ليس للانتظار وجهٌ في حقوق الورثة . وإنما ذكر الأصحاب هـٰذا الوجهَ في حق المفلس الحي ، وهو باطل حيث ذكروه .

٤٠٠٩ـ ومما يتعلق بتمام البيان في التفريع علىٰ حلول الديون في حق المفلس أنه إذا لم يكن على الإنسان دَيْنٌ حال ، وإنما ديونه مؤجَّلة كلها ، فهل يملك أصحابها المطالبةَ بالحجر حتىٰ لا تضيع حقوقهم ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنهم يملكون ذلك ؛ فإن ديونهم تحل بالحجر ، فينبغي أن يملكوا طلبه .

والثاني ـ لا يملكون ذلك ؛ فإن طلب الحجر يتبع طلب الدين ، وليس ذلك ثابتاً لهم ، فكيف يملكون الحجرَ وطلبَه ، وهم لا يملكون طلبَ أصل الدّين ، حتىٰ إذا تعذر مطلوبُهم توصلوا إلى استدعاء الحجر ، وهـٰذا الوجه أصح وأقيس .

فَرْعٌ : **٤٠١٠** ـ إذا قلنا : لا يحل الأجل بالحجر ، فلو باع الإنسان شيئاً بثمنٍ مؤجَّل ، وحل الأجل ، وحجر على المفلس ، والمبيع قائم ، فالمذهبُ أن البائع يملك فسخ البيع ، طرداً للقياس في الباب .

وقال بعض أصحابنا : لا يملك الفسخ ؛ لأن مبنى العقد على انقطاع علائق البائع عن المبيع بالكلية . وهـٰذا غير سديد .

ولا خلاف أن أصحاب الديون المؤجَّلة إذا حلت حقوقُهم ، ملكوا طلب الحجر ، كما يملكه من كان أصل دينه حالاً .

فَرْعٌ : **٤٠١١ـ** إذا باع شيئاً من عبدٍ بغير إذْن مولاه ، وفرَّعنا على الوجه الضعيف في صحة البيع ، فلو أراد البائع فسخَ البيع ، قبل حلول الأجل ، لم يملكه . قطع به **الشيخ في الشرح** .

وإذا حل الأجل ، فأراد الفسخَ ، فقد قطع أيضاً بأنه لا يفسخ . وهـٰذا محتمل أن

يثبت له حق الفسخ ، كما إذا كان الثمن حالاً ، ولهٰذا قلنا : يثبت حقُّ الفسخ لمن كان الثمن في بيعه مؤجَّلاً ، ثم يحل قبل الحجر ، ثم يتفق الحجر .

وإذا فرعنا علىٰ أن الثمن لا يحل بالحجر ، وجرينا علىٰ أنه لا يثبت للبائع حق الفسخ بأن يعزل المبيع له ، وحكمنا بأن المبيع مستحق الصرف إلى الديون الحالة ، فلو لم يتفق صرفُه إليها حتىٰ حل الأجل في أثناء الأمر ، فهل يثبت له الآن حق الفسخ ؟ فيه احتمالٌ ، وترددٌ ، مترتب علىٰ ما مهدناه في نظائر ذلك .

فصل

قال : « ولو جُني عليه عمداً . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

ي ٢٤١ **٤٠١٢ـ** مضمون الفصل/ ذِكْرُ الجناية على المفلس ، وعلىٰ عبده ، وذكْرُ جناية المفلس وجناية عبده .

فأمَّا الجناية على المفلس ، فإن كانت موجبة للقصاص ، فله حق الاقتصاص ، وليس للغرماء أن يكلفوه العفوَ علىٰ مالٍ ليصرف إلىٰ حقوقهم . وإن عَفا علىٰ مالٍ ، صُرف إلىٰ ديونه؛ تفريعاً على الأصح في أن ما يستفيده المفلس جديداً ، فحكم الحجر جارٍ فيه .

وإن عفا المفلس علىٰ غير مال ، فهٰذا يتفرع علىٰ أن موجب العمد ماذا ؟ وسيأتي شرح هٰذا في كتاب الجراح ، والفصلُ بين المفلس وبين المبذّر والسّفيه .

ولو كانت الجنايةُ موجبة للمال ابتداءً ، فهو مصروف إلى الديون ؛ جرياً على اطراد الحجر على المال المستحدث .

والجناية علىٰ عبد المفلس كالجناية على المفلس نفسه، فتنقسم إلى العمد وغيره . وتفصيل القصاص والعفو عنه، كما سبقت الإشارة إليه ، وإحالة الاستقصاء علىٰ كتاب الجراح .

٤٠١٣ـ فأما إذا جنى المفلس ، فلا يخفىٰ تفصيل القصاص عليه . وإن جنىٰ جناية موجَبُها المال ، لم يشارك المجنيُّ عليه أصحابَ الديون في الأموال التي جرى الحجر

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٢ .

فيها ؛ فإن الأرش دينٌ جديد ، وليس متعلقاً بمصلحة الحجر ، فإن صدرت الجناية من عبد المفلس ، فهو من جملة الأموال الموقوفة للغرماء ، فلو أراد المفلس أن يفديه بعين من أعيان أمواله ، فهـٰذا تصرُّفٌ منه في أعيان الأموال ، وقد سبق التفصيل في تصرفاته ، فلا حاجة إلىٰ إعادتها . والقاضي لو أراد الفداء ، ورأىٰ ذلك مصلحة وغبطة ، نفذ ذلك منه . وحق المجني عليه إذا تعلق برقبة العبد مقدم علىٰ حقوق الغرماء ، كما نُقدِّم حقَّ المجني عليه علىٰ حق المرتهن ، إذا جنى العبد المرهون . وهـٰذا واضح . وليس كالجناية على المفلس نفسه . ووضوح ذلك يغني عن بسطه .

فصل

قال : « وليس على المفلس أن يُؤاجر نفسه . . . إلىٰ آخره »[(١)] .

٤٠١٤ـ ليس على المديون عندنا ، محجوراً كان ، أو مطلقاً ، أن يكتسب لأجل الدّين ؛ وإن كان ممكناً منه . وقال **أحمد**[(٢)] : عليه ذلك ، وزعم أن القاضي يؤاجر المفلسَ ، ويصرف أجرته إلىٰ نفسه . ومعتمدنا أن الرّب تعالىٰ قال في كتابه ﴿ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] أوجب الإنظار ، ولم يُلزم الاكتساب . وفي إيجاب الاكتساب لأجل النفقة كلامٌ ، سيأتي في كتاب النفقة، إن شاء الله تعالىٰ .

فإن قيل : أليس روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع سُرَّقا[(٣)] في دينه ، وحُمل ذلك علىٰ أنه آجره ؛ فإن الحر لا يباع ؟ قلنا : يحتمل أنه كان عبداً ، فباعه في أرشٍ كان تعلق برقبتهِ .

٤٠١٥ـ ولو كان للمفلس أم ولد ، فهل يؤاجرها القاضي ليصرف أجرتها إلى الديون ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما ـ** يفعل ذلك ؛ فإن منافعها مالٌ ، فلئن تعذر بيعها ،

---

(١) ر . المختصر : ٢/٢٢٢ .

(٢) في المغني لابن قدامة روايتان لأحمد ، الثانية منهما : « عليه أن يؤاجر نفسه » ، والأولىٰ كمذهب الشافعي ومالك (٤/٤٩٨) .

(٣) الحديث رواه الدارقطني : ٣/٦١ . وسُرّق : بضم أوله ، وتشديد الراء ، بعدها قاف . وضبطها العسكري بتخفيف الراء وزن عمر وغُدر . (ر . الإصابة : ٢/٢٠ ، ٤/١٢٥) .

فلا تعذر في صرف منافعها إلى الدين . **والثاني** ـ لا يفعل ذلك ؛ فإنّ المنافع ليست أموالاً عتيدةً موجودة ، ولو كانت بمثابة الأموال الموجودة ، لوجب إجارةُ المفلس من نفسه .

واختلف الأئمة فيه أيضاً إذا كان على المفلس وقفٌ ، وأمكن إجارته[١] هل يجب ذلك ، وصرفُ الأجرة إلى الديون ؟ فيه الخلاف الذي ذكرناه في أم الولد . ثم إن لم نوجب الإجارةَ ، فلا كلام ، وإن أوجبناها ، فالوجه أن نوالي بين المُدد في الإجارة إلى الوفاء بالديون ؛ فإن المنافع لا نهاية لها ، وليست كالأموال العتيدة التي تعنىٰ بالصرف إلى الديون .

ش ٢٤١ فإذا كان كذلك ، فيلزم من قياس هـٰذا أن/ يدوم الحجر إلىٰ أداء الديون من جهة الإجارة . وهـٰذا فيه بُعد لا يخفىٰ مُدركه على الفقيه .

فَصْلٌ

قال : « ويترك له من ماله ما لا غِنىٰ به عنه . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٤٠١٦ـ الحاكم قبل تفرقة مال المفلس ينفق عليه ، وعلىٰ من تلزمه نفقته من زوجاته وأقاربه الذين يستحقون إنفاقه عليهم . فإن قيل : النفقة على المفلس بيّنة ، فما سبب الإنفاق علىٰ غيره، والمال موقوفٌ بسبب الديون؟ قلنا : النفقة في ترتيب المعاملة مقدمة علىٰ أداء الديون في كل يوم، وأمواله بنفقاته أولىٰ منه بديونه. والإشكال في نفقة الأقارب . وكان لا يمتنع أن يُلحق[٣] في حقوقهم [بالفقير الذي لا مال له][٤] . ولـٰكن

---

(١) أي إجارة الوقف ، ومنشأ الخلاف أن المنفعة ليست مالاً عتيداً ، وإنما هو اكتساب ، كما هو مفهوم ، وصرح به الغزالي في الوجيز : ١/ ١٧٢ .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٢ .

(٣) أي يلحق المفلس بسبب حاله وإفلاسه بالفقير الذي لا مال له ؛ أي لا يُنفق من ماله علىٰ أقربائه .

(٤) في الأصل : بالفقر على الذي لا مال لهم . والمثبت من (ت٢) .

أجمع الأصحاب علىٰ ما ذكرناه ، فليثق الطالب[1] بما نقلناه .

٤٠١٧ـ ولو كان عليه دينٌ ، وقد رهن به مالاً لا يملك غيره ، لا ينفق عليه ، ولا علىٰ أهله وأولاده منه ؛ فإن المرهون خارجٌ عن حكم تصرفه إلى الفكاك ، والأموالُ باقية علىٰ حق المحجور ، ولـٰكنه بالحجر محمولٌ علىٰ أن يبتدر إلىٰ صرفها إلىٰ [ديونه][2] ، ثم القاضي يجري فيها علىٰ ما كان يجري المديون لو لم يكن محجوراً عليه .

وفي القلب من نفقة الأقارب مخالجةٌ ظاهرة ، ولـٰكن المذهب نقلٌ . ونحن لا نذكر وجهاً إلا عن نقل صريح ، أو أخذٍ من رمز وفحوىٰ في كلام الأصحاب ، ولم أر فيما حكيته شيئاً .

ثم لا شكَّ أن نفقته نفقةُ المعسرين .

٤٠١٨ـ وإذا فضّ القاضي أموالَه علىٰ ديونه ، فلا شكّ أنه يُبقي له نفقةَ اليوم الذي يتفق التفريق فيه ، قال الأصحاب : يُبقي أيضاً نفقة زوجاته وأقاربه في ذلك اليوم ، كما تقدم ، ولا مزيد علىٰ نفقة ذلك اليوم ؛ فإنه لا ضبط بعده يقف عنده .

٤٠١٩ـ ثم قال : « يُبقي له دستَ ثوبٍ من ماله » . والأمر علىٰ ما ذكره ؛ فإنه لا سبيل إلىٰ تركه عارياً ، ولا خلاف أنا لا نكتفي بما يستر عورته ، بل نرعَىٰ ستراً لا يخرم مروءته ، ويختلف ذلك باختلاف الدّرجات . فإن كان الرجل من العلماء ، فقد قال كثير من الأئمة : يُبقي له دَسْتَ ثوب ، ومن جملته طيلسان ، وخُفّ . ولي في الخف والطيلسان نظرٌ ؛ فإنهما معدودان وراء الاقتصاد ، وليس في تركهما خرمٌ للمروءة ، والمتبع أن لا تنخرم مروءته . ولا شك أنا لا نبقي له دستَ ثوب يليق بحاله في بسطته وثروته ، ولـٰكن ليكن ما نُبقيه لائقاً بحالته . وإن كان الرجل سوقياً نُبقي له دستَ ثوب يليق بحاله . وإن كان أتونياً[3] ، نُبقي له أطماراً لائقةً به . وإن كان في

---

(١) (ت٢) : الناظر .

(٢) في الأصل ، كما في (ت٢) : ديون . والمثبت تصرف من المحقق .

(٣) الأتون : الموقد الكبيركموقد الحمام والجَصَّاص ، وتشدد التاء (معجم ، ومصباح) والمراد =

انبساطه تزيّدٌ[١] في التجمل علىٰ ما يليق برتبته ، فنرده في إفلاسه إلىٰ ما يليق بمنزلته[٢] ، ولا يُعتبر مجاوزتُه حدَّ الاعتدال اللائق بحاله[٣] . ولو كان في ثروته يلبس الخسيس من الثيابِ ، وكان يُعدّ مقتراً علىٰ نفسه ، فإن أفلس ، رضينا له بما كان يرضىٰ به في ثروته ؛ فإنا لا نزيده في حالة الإفلاس علىٰ ما كان عليه قبله . نعم لا نقول بحطه عما كان يعتاده من الخسيس[٤] بسبب إفلاسه ، كما قد نفعل ذلك في حق المقتصد .

فليفهم الناظر ذلك .

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « **ثلاث منجيات ، وثلاث مهلكات ، فالمنجيات القصدُ/ في الغنىٰ والفقر ، والعدل في الرضا والغضب ، وذكر الله تعالىٰ علىٰ كل حال . والمهلكات شح مطاع ، وهوىٰ متبع ، وإعجاب المرء بنفسه** »[٥] . ي ٢٤٢

ويعطيه في الصيف ما يليق به ، وإن اتفق تفريق ماله في الشتاء ، أعطيناه ما يليق بالشتاء ، ولا يجمع له بين كسوتي فصلين .

٤٠٢٠ـ ولو مات المفلس ، بدَأْنا بكفنه ، ومؤنة دفنه ، وفي القدر الذي يكفن به خلافٌ ، ذكرناه في كتاب الجنائز . ونحن نرمز إليه لغرضٍ لنا في فقه هـٰذا الفصل .

قال **أبو إسحاق المروزي**: إذا مات المفلس ، اكتفينا بستر عورته بخرقة ، وهـٰذا مأخوذ عليه ، واختلف أصحابنا في تزييف هـٰذا المذهب علىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه يكفن في ثوب واحد يواريه ؛ فإن الغرض المواراة بالكفن ، وقضاء دينه أهم من تكفينه في ثلاثة أثواب .

= بالأتوني : الذي يعمل في إيقاد الأتون ، ويقوم عليه .

(١) (ت٢) : مزيد .

(٢) (ت٢) : برتبته بمنزلته .

(٣) (ت٢) : بأمثاله .

(٤) (ت٢) : الحسن .

(٥) حديث حسن رواه الطبراني في الأوسط عن ابن عمر ، وهو في صحيح الجامع برقم : ٣٠٤٥ ، والصحيحة برقم : ١٨٠٢ .

والوجه الثاني ـ أنه يكفن في ثلاثة أثواب إقامةً لشعار الدين في إكرام جثة المسلم .

والغرض ممّا ذكرناه أن الأصحاب فرقوا بين الكفن وبين ما نبقيه للمفلس من دست ثوب ؛ إذ أجمعوا علىٰ أن الثوب الواحد لا يكتفىٰ به في حق الحي ، وفي الاكتفاء بالثوب الواحد[1] الساتر الخلافُ الذي ذكرناه . والفرق أن الحي يراعَىٰ فيه ما يُبقي عليه رتبتَه ومروءتَه ، والميت وإن شُرع إكرامُه ، فإلى البلىٰ مصيره ، فليعرف الناظر قصدَ الأصحاب في الفرق بين الباب والباب .

ولو مات عبده أو قريبه الذي يمونه ، فالكفن من المال العتيد ، كالنفقات الدارّة . والقول في تكفين هٰؤلاء كالقول في تكفين المفلس نفسه .

٤٠٢١ـ ولو ماتت زوجةُ المطلِّق الموسر ، ففي وجوب تكفينها على الزوج وجهان مشهوران ذكرناهما . وإن كان الزوج مفلساً ، ففي وجوب التكفين الخلافُ الذي ذكرناه ، ولا معنىٰ لتخيل الترتيب ؛ فإن كل مؤنة لا يشترط فيها اليسار مُخْرجة من مال المفلس بسبب الذين يمونُهم المفلس .

٤٠٢٢ـ وممّا يتعلق بتمام البيان في الفصل أن المفلس لو كان مخدوماً ، وكان أَلِف غلاماً يخدمه ، فالمنصوص عليه أنه يباع في الدين ، ونص في الكفارة[2] علىٰ أن ذلك العبد غيرُ محسوب علىٰ من عليه الكفارة ، ولا يلزمه [صرفه][3] إليها ، واختلف أصحابنا ، فمنهم من جعل في المسألتين قولين ، نقلاً وتخريجاً . والمذهب تقرير النصين . والفرق من وجهين : **أحدهما** ـ أن العتق في الكفارة حق الله تعالىٰ ، وحقوق الله تعالىٰ مبناها على المسامحة ، ومبنىٰ حقوق الآدميين على الضيق .

والثاني ـ أن العتق له بدل في الكفارة ينتقل إليه ، ولا بدل للدّين .

هٰذا قولنا في الخادم . ثم إن رأينا إبقاءه ، فليكن قريبَ القيمة ، لائقاً بأحوال المعسرين .

---

(١) أي الثوب الواحد في الكفن ، كما هو مفهوم من السياق .

(٢) (ت٢) : الكفارات .

(٣) في الأصل : صرفها .

ولو لم يكن له خادم وكان ممن يُخدم ، فهل نشتري له خادماً ، كما نشتري له دستَ ثوب إن لم نصادفه ؟ فعلىٰ وجهين : والأصح أنا نشتريه إن فرّعنا علىٰ هـٰذا الوجه الضعيف ، فظاهر المذهب أنا لا نبقي له خادماً ، بل نصرفه إلى الديون .

٤٠٢٣ـ فأما المسكن ، فهو أحق من الخادم إذا كان لائقاً بالحال ، ولم يكن رفيع القيمة ، وإبقاءُ المسكن أولىٰ من إبقاء الخادم ، علىٰ كل حال ، سيّما إذا كان الرجل ضعيفاً ذا عيلةٍ . وذِكْرُ الخلاف في إبقاء المسكن للمفلس أقربُ من ذكره في إبقاء الخادم ، لما أشرنا إليه من الفرق بينهما في حكم الحاجة . وذكر الخلاف علىٰ طريق النقل في احتساب المسكن علىٰ من لزمته الكفارة المرتبة أبعدُ من تقدير النقل في الخادم .

٤٠٢٤ـ وإذا أردنا جمع مقتضىٰ ما أشرنا إليه من الفرق بين الخادم والمسكن في حق المفلس ، فالصيغة المشعرة بالمقصود أن نقول : في الخادم والمسكن في حق المفلس **ثلاثةُ أوجهٍ** : **أحدها** ـ أنهما لا يبقيان له . **والثاني**/ ـ أنهما يبقيان . **والثالث** ـ أنه يبقى المسكن دون الخادم . ومهما أبقينا له شيئاً مما ذكرناه ، اشترينا له إن لم نجده ، كدأبنا في الثياب . ش ٢٤٢

فصل

قال : « وإن أقام شاهداً واحداً علىٰ رجل بحق ولم يحلف مع شاهده . . . إلىٰ آخره »[1] .

٤٠٢٥ـ قد سبق منا تمهيد هـٰذا الأصل ، ولـٰكنا نعيد تنبيهنا عليه للجريانِ على الترتيب ، فالذي نص عليه **الشافعي** أن المفلس لو ادّعىٰ ديناً علىٰ إنسان ، وأقام شاهداً واحداً ، وامتنع عن الحلف معه ؛ فأراد الغرماء أن يحلفوا مع شاهده ، لم يكن لهم ذلك .

وقال **الشافعي** : **« لو أقام الوارث شاهداً واحداً علىٰ رجل بدين للميت ، ولم**

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٢ .

يحلف معه ، فأراد غرماء التركة أن يحلفوا ، لم يكن لهم ، كما ذكرناه في المفلس » . هـٰذا نصه في **الجديد** . ونص في **القديم** علىٰ **قولين** في مسألة الوارث : **أحدهما ـ أن** الغرماء يحلفون . **والثاني ـ** أنهم لا يحلفون .

فمن أصحابنا من ذكر في غرماء المفلس قولاً بنقل الجواب عن غرماء التركة[١] أنهم[٢] يحلفون إذا لم يحلف المفلس . والصحيح الفرقُ بين المسألتين، وقَطْعُ القول بأن غرماء المفلس لا يحلفون ؛ فإن المفلس صاحبُ الواقعة ، وقد ادّعى الدين لنفسه ، فإذا امتنع عن اليمين من ادعى الحق لنفسه، بعُد تحليف غيره ، والدين في مسألة الوارث يُدّعىٰ للميت ، فكان حَلِفُ الغريم أقربَ إذا فرض نكول الوارث .

٤٠٢٦ـ ومما يخرّج علىٰ ما ذكرناه أنه لو لم يُقم المفلسُ والوارث شاهداً ، ولـٰكنهما ادّعيا ، فحلَّفنا المدعىٰ عليه ، فنكل عن اليمين ، واقتضى الحال ردّ اليمين على المدعي ، فنكل المدعي ، فهل يحلف الغريم[٣] يمين الرد ؟ ترتيب المذهب فيه كترتيب المذهب في اليمين مع الشاهد .

ولو ادعى الراهن أنه استولد الجارية المرهونة بإذن المرتهن ، والتفريع علىٰ أن الاستيلاد لا يثبت دون إذنه ، فإذا أنكر المرتهن الإذنَ وحلّفناه ، فنكل ، فإن حلف الراهن ، ثبت ما يبغيه ، وإن نكل ، فأرادت الجارية أن تحلف ، كان لها ذلك ، نصَّ عليه في **الجديدِ والقديمِ** قاطعاً جوابه . والفرق بينها وبين الغريم في المفلس والوارث ظاهر ، وذلك أنها صاحبة حق في تأكّد حق الحرية لها ، ⁽٤ وهـٰذا في حكم حق ثبت ناجزاً من غير تقدير توصل إليه ⁽٤ ، بخلاف الغريم ؛ فإن الدين لو ثبت لم يكن حقاً له ، ولـٰكنه قد يصير إليه بطريقِ الصرف .

٤٠٢٧ـ وممّا يجب أن يُعتنىٰ به أن الأصحاب وإن ذكروا خلافاً في حلِف الغريم ، قالوا : لو لم يدّع المفلس والوارث ، لم يكن للغريم أن يدعي في المسألتين ابتداءً ،

---

(١) أي نقل ما قيل في غرماء التركة ، من أن لهم أن يحلفوا إلىٰ غرماء المفلس .
(٢) أنهم أي غرماء المفلس .
(٣) (ت٢) : المدعي .
(٤) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .

وإنما التردد فيه إذا سبقت الدعوىٰ من الوارث والمفلس ، وأفضى الأمرُ إلى الحلف ، كما ذكرناه .

وكان **شيخي** [يصرح][(١)] بنقل الخلاف في أن الغريم هل يبتدىء الدعوىٰ ؟ ويقول : الحلف تِلْوُ[(٢)] الدعوىٰ ، فمن ملكه ، لم يمتنع أن يملك الدعوىٰ . وهـٰذا وإن كان قريباً في المعنىٰ ، فلم أره إلا له .

وقطع الأصحاب القول بأن الدعوىٰ ممتنعة ، وإنما ذكروا الخلاف في الحلف إذا سبقت الدعوىٰ من المفلس والوارث .

والمستولدة إذا ادعت عُلقةَ الاستيلاد، والرّقُ بعدُ مستمر عليها نُظر ، فإن ادعته والمولىٰ يبغي بيعها ، فحاولت دفعَ ذلك ، فالوجه قبول دعواها . وإن كان المولىٰ لا يتعرض لبيعها ، ففي قبول دعواها على الابتداء ، والمولىٰ صامتٌ غير متعرض تردّدٌ ظاهر ، واحتمال بيّنٌ ، مأخوذ من فحوىٰ كلام الأئمة/ . ي ٢٤٣

٤٠٢٨ـ ومما يتعلق بتتمة الكلام في الفصل أن رجلاً لو ادّعىٰ على المفلس ديناً ، فإن أقر به ، ففي قبول إقراره وردّه الخلافُ الذي تقدم ذكره في تصرفات المفلس . وإن أنكر ، كان إنكاره مقبولاً علىٰ معنىٰ أنه يبتدىء عليه تحليفه . فإن حلف ، انقطعت الخصومة إذا لم تكن بيّنة ، وإن نكل ، فهل تردّ اليمين على المدعي ؟ قال الأئمة : هـٰذا يخرّج علىٰ أن يمين الرد بمنزلة البينة في الخصومة ، أو بمنزلة إقرار المدعىٰ عليه . فإن قلنا : إنها كالبينة ، حلّفنا المدعي يمين الرد ، وقضينا بثبوت [الدعوىٰ][(٣)] . وإن قلنا : إنها كالإقرار ، ورأينا التفريع علىٰ ردّ إقرار المفلس ، فلا تُثبت يمين الردِّ حقَّ المدعي حتىٰ يثبت له مضاربةُ الغرماء .

وصورة يمين الرد تجري بلا خلاف . وإنما الكلام في تعلق حق المضاربة ناجزاً ، فإنا وإن رددنا إقراره في حق الغرماء في الحالة الراهنة، لم نختلف في ثبوت موجَب

---

(١) في الأصل : يصرف .
(٢) تلو الدعوىٰ : أي تابع لها .
(٣) في الأصل : الإقرار .

إقراره في حق المفلس نفسه ، حتىٰ يطالَب به إذا انطلق الحجر عنه . وإذا كان كذلك ، فإجراء صورة يمين الرد تخرج علىٰ ما مهدناه من ثبوت حكم إقراره (١ على الجملة ١) .

فَرْعٌ : **٤٠٢٩ـ** نص **الشافعي** علىٰ أن الرَّجل لو كان وَهَب شيئاً في حالة الإطلاق ، ثم أفلس وحجر عليه ، فأثابه المتهب ما هو أكبر قيمةً من الموهوب ، لم يلزمه القبول في حالة الحجر ، وإن أثابه ما[٢] هو أقل قيمة من الموهوب ، فله الرضا . وهـٰذا يبتني علىٰ أصلٍ سنشرحه في الهبات، إن شاء الله تعالىٰ .

والوجه في النص في الهبة المطلقة ، والتفريعُ علىٰ أنها تقتضي الثواب . ثم إذا جرينا علىٰ هـٰذا ، ففي مقدار الثواب خلافٌ ، وتفصيلٌ طويل ، فإن قلنا : الهبة المطلقة تقتضي المثلَ في الثواب من جهة المالية والقيمة ، فلا يجوز أن يرضى المفلس بما هو أقل من ذلك ؛ فإن المثل عِوض مستحق . نعم، لا يلزمه قبول الزائد علىٰ مقدار المثل .

وإن قلنا : للمتهب أن يثيب بما شاء ، وإن قل وانتقصَ عن المثل ، فعلىٰ هـٰذا يخرّج نص **الشافعي** « فإن زاد الثوابُ على المثل ، لم يلزمه القبول » ؛ فإن الزيادة غير مستحقة ، وليس على المفلس قبول الهبات والتبرعات . وإن كان الذي بذله أقلَّ من المثل ؛ فإنه يقبله ؛ إذ لا يجب على المتهب غيرُه ، والرجوع فيما نُثبته ونَنْفيه إلىٰ أصلين **أحدهما** أنه لا يجب على المفلس قبول التبرع ، وليس له أن يُسقط مستحقاً .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .

(٢) (ت٢) : بما .

بَابُ العُهْدةِ في مالِ المفلس

٤٠٣٠ـ ذكر **الشافعي** رضي الله عنه في صدر الباب فصلاً ، قدمنا ذكره في تعلق الضّمان بالعدل في الرّهن ، والوصي ، والحاكم . ولا شكّ أن هـٰؤلاء أمناء إذا تلفت أعيان الأموال في أيديهم من غير تقصير منهم . وغرض **الشافعي** التعرض لبيان المرجع في [عهدة][1] العقود .

فإذا باع العدلُ[2] في الرهن بالإذن ، وقبض الثمن ، وضاع في يده الثمنُ الذي قبضه ، ولم يكن وكيلاً من جهة المرتهن بالقبض ، فالثمن من ضمان المبيع عليه[3] ، وهو الراهن . وكذلك القول في الوصي[4] ، إذا باع مالاً ، فضاع الثمن من[5] يده ، فهو من ضمان المبيع عليه . ولو فرض استحقاقٌ في المبيع ، ففي تعلق الضمان بالعدل ، والوصيّ ، والقيم ، والحاكم ، التفصيلُ المقدم في كتاب الرهن ؛ فلا حاجة إلىٰ إعادته .

٤٠٣١ـ والذي يختص بغرض الباب أنا إذا بعنا عيناً من أعيان مال المفلس ، وقبضنا الثمن ، وخرج المبيع مستحقاً ، فإن كان عين الثمن باقيةً[6] قائمة ، فلا شكّ أن المشتري يرجع فيها ، وإن كنا سلمناه إلى الغريم ، اتبعها المشتري ، ولو تلفت في يده ؛ فإنه يضمّن الغريم لا محالة ، فإن عين ماله/ تلفت في عقد ضمان في يد إنسان ، فله اتباعه بالتغريم . ش ٢٤٣

---

(١) في الأصل : عهد .

(٢) (ت٢) : العبد .

(٣) «عليه» الضمير يعود على الراهن، كما فسره بقوله: «وهو الراهن»، فالعدل يبيع (الرهن) عليه، أي من أجله، أو عنه. فلا ضمان على العدل؛ فإنه أمين، وإنما الضمان على الراهن .

(٤) (ت٢) : لو أوصىٰ .

(٥) (ت٢) : في .

(٦) ساقطة من (ت٢) .

٤٠٣٢ـ ولو تلف الثمن في يد الحاكم ، وقد تمهد أن الضّمان لا يتعلق بالحاكم ، فللمشتري الرجوع ، وظاهر النص أنه يقدّم بمبلغ الثمن ، ولا يحمل على المضاربة .

ونقل **الربيع** و**حرملة** أنه أُسوة الغرماء ، فيضاربهم . فمن أصحابنا من قال : في المسألة **قولان** : **أحدهما** ـ أنه لا يتقدّم في رجوعه ؛ لأنه دين في ذمة المفلس كسائر الديون . ومن أصحابنا من قطعَ القولَ بأنه يقدم ؛ لأنا لو لم نقدمه ، لامتنع الناس عن معاملة المتصرفين في أموال المفاليس ، وسبيل كل دين يتعلق بمصلحة المفلس حالةَ الحجر أن يقدم ، ولذلك تُقدم أجرةُ الدَّلالين ، والمتصرفين ، علىٰ حسب الحاجة في الأموال العتيدة التي اطرد الحجر عليها . وكذلك القول في أعواض المؤن الثابتة في حالة الحجر ، فلتكن عُهدة البيع المنشأ لمصلحة التصرف في مال المفلس مقدمةً أيضاً .

والدليل عليه أنا لو راعينا قياس الديون في المضاربة ، للزم أن نقول : لا يضارب الغرماء أيضاً ؛ فإن حقه متجدد بعد جريان الحجر ، والذي يقتضيه قياس الباب أن الدين الحادث بعد الحجر لا يُقدّم [ولا][1] يضارب به أصلاً .

فهـٰذا منتهى القول في ذلك .

* * *

---

(١) في الأصل : لا يقدم أو لا يضارب . وفي (ت٢) : يقدم ولا يضارب . والمثبت تقدير منا رعاية لسياق الباب .

باب حبس المفلس

٤٠٣٣ـ مضمون هٰذا الباب **ثلاثة فصول** : **أولها** ـ في قاعدة الحبس .

والثاني ـ في إثبات الإعسار .

والثالث ـ في مسافرة من عليه الدين .

فأما : **الفصل الأول** ، فنقول :

٤٠٣٣/ مـ إذا ثبت الحق ، وتعذر استيفاؤه ، لم يخل إما أن يكون التعذر بسبب الإعسار والفلس ، وإما أن يكون بسبب امتناع من عليه الحق من تأديته . فإن كان بسبب الفلس ، فحكم الله تعالىٰ إنظار المفلس ، وإزالة التعرض عنه إلىٰ ميسرة، قال الله تعالىٰ ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٠] الآية .

وإن امتنع من عليه الحق من أداء ما عليه مع القدرة ، فهو ظالم ، مندرجٌ تحت قوله صلى الله عليه وسلم : « **مطل الغني ظلمٌ** » « **ليُّ الواجد ظلم** »[١] ثم القاضي إن وجد له مالاً ، وقد تحقق امتناعَه ؛ فإنه يملك بيعَه وصرفه إلىٰ دينه ، ولا حاجة إلىٰ ضرب الحجر عليه ، بل يبتدر البيع ؛ فإن منصب الولاية يقتضي استيداءَ[٢] الحقوق ، وإيفاءها علىٰ مستحقيها، علىٰ ما يساعد الإمكان فيه .

---

(١) الحديث بلفظ «لي الواجد» أخرجه من حديث عمرو بن الشَّرِيد عن أبيه أبو داود في الأقضية ح٣٦٢٨، والنسائي : بيوع، باب مطل الغني، ح٤٦٨٩ ، وابن ماجة : صدقات، باب الحبس في الدين : ٢/ ٨١١ ح٢٤٢٧ ، وابن حبان : ٧/ ٢٧٣ ح٥٠٦٦ ، والحاكم : ٤/ ١٠٢ ، وصححه ، ووافقه الذهبي ، وانظر التلخيص : ٣/ ٨٩ ح١٢٤٨ ، شرح السنة : ٨/ ١٩٥ .
وبلفظ «مطل الغني» : أخرجه من حديث أبي هريرة البخاري : في أول الحوالة، ح ٢٢٨٧ ، ومسلم : المساقاة، باب تحريم مطل الغني، ح١٥٦٤ .

(٢) (ت٢) : استيفاء . والاستيداء: طلب الأداء، والمعنى: أن منصب الولاية يقتضي تحصيل الحقوق، وإعطاءَها لمستحقيها.

٤٠٣٤ـ ومنع أبو حنيفة بيع العروض والسلع في الديون ، وناقض ، فجوّز بيعَها في بعض النفقات ، وسوغ على العموم صرف الدراهم إلى الدنانير ، وصرف الدنانير إلى الدراهم(١) . ولا فصل عندنا .

٤٠٣٥ـ ولو لم يظهر للممتنع مالٌ ، وأشكل الأمرُ ، فحكم الحال الحبس .

هـٰذا ما درج عليه الأوّلون ، ومضىٰ عليه الحكام ، والحبس في نفسه عقوبة . ولـٰكن قد يقع حيث لا يُستيقن استحقاقُ الممتنعِ العقوبةَ ؛ من جهة أن الممتنع إذا لم يثبُت يسارُه ، وادعى الإعسارَ ؛ فإنا نجوّز صدقَه ، ومع تجويز ذلك نحبسه ، والسَّبب فيه أن إطلاقه تضييع لحق المدعي من غير تَثَبّت ، فلا وجه إلا حبسُه إلى البيان . وليس الحبس إيلاماً في الحال ، فالمسلك القصد يقتضيه لا محالة .

٤٠٣٦ـ ولو تحقق القاضي ظلمَ من عليه الحق في امتناعه ، وعلم أنه متمكن من تأدية ما عليه ـ وقد يظهر ذلك بإقراره أو بجهةٍ أخرىٰ ، علىٰ ما سيأتي الشرح عليه ، إن شاء الله تعالىٰ ـ فالأمر وقد ظهر العناد مفوّضٌ إلىٰ رأي القاضي ، فإن أراد أن يعزّره حتىٰ يُظهر المال ، فله ذلك ، ولا مزيد على الحبس مع اليسر ، وإن ظهر العناد ، فللقاضي أن يزيد على الحبس ويعزّر .

وقد نص الشافعي في نكاح المشركات علىٰ [أن](٢) من/ أسلم علىٰ أكثر من أربع ، وأوجبنا عليه أن يختار أربعاً ، وحبسناه لذلك ، فإن تمادىٰ على امتناعه ، فللقاضي أن يعزره . وسببُ التعزير امتناعُه عن حقٍّ محتوم عليه مع الاقتدار عليه . ٢٢٤ ي

وإنَّما خصص الشافعي هـٰذه الصورة بذكر التعزير ، لظهور العناد فيه ، وتبيّن الاقتدار على الاختيار ، فمهما ظهر العنادُ في الحقوق المستحقةِ ، كان الأمرُ علىٰ ما ذكره الشافعي في نكاح المشركات .

---

(١) الذي ذكره إمامنا هو قول أبي حنيفة ، حيث يرىٰ أن استيفاء الديون تكون من جنسها ، واستثنىٰ من ذلك ما إذا كان للدائن دنانير والمديون يملك دراهم ، أو العكس ، فأجاز بيع هـٰذه بتلك ؛ لاتحادهما في الثمنية ، وخالفه صاحباه ، والفتوىٰ بقولهما . (ر . مختصر الطحاوي : ٩٥ ، ٩٦ ، وحاشية ابن عابدين : ٥/ ٩٥ ، ورؤوس المسائل : ٣١١ مسألة ١٩٨) .

(٢) ساقطة من الأصل .

ثم التعزير المتعلق بالنظر العام والاستصلاح ، موكول إلىٰ رأي الإمام ، ولسنا نعني بذلك أنه يتخير فيه ، بل يجتهد ، ويرىٰ رأيه ، ويسلك المسلك الأقصَد . وقد يختلف ذلك باختلاف مراتب الخلق : فذو اللَّدَدِ ، والعناد ، قد لا يكترث بتطويل[1] الحبس ، وقد يعلم القاضي ، أو يظن أن الغرض يحصل بالحبس المحض ؛ فليجر علىٰ ما يقتضيه الحال .

٤٠٣٧ـ ثم التعزير لا يبلغ مبلغ الحد، علىٰ ما سنصف المذهبَ فيه في كتاب الحدود .

وقد يقتضي الحال تعزيراتٍ في أوقاتٍ يبلغ مجموعها حداً ، أو يزيد ، فليفعل ما يراه . والاستمرارُ على الامتناع علىٰ ممرّ الأوقات في حكم أسبابٍ متجددة ، يقتضي تجددَ التعزيرات . ولا يغفل فيما يأتيه من ذلك عن[2] ترك الموالاة وما في معناها . فإذا بلغ التعزير مبلغاً ، وكان أثره ظاهرَ البقاء ، فليصبر إلى الاستقلال وظهور البُرْء . ونحن قد نرعَىٰ ذلك في إقامة حدود الله تعالىٰ علىٰ شخصٍ واحد ، فما الظن بتعزيرات موكولة إلى الاجتهاد لا يُقضىٰ بتعيّنها[3]؟

الفصل الثاني من الباب

٤٠٣٨ـ إذا ادّعىٰ من عليه الحق الفلس والإعسار ، لم يخل : إما أن يكون له بينةٌ ، وإما ألا تكون . فإن وجد بينةً ، أقامها ، كما سنذكر الوجه فيها . وإذا قامت ، وجرى البحثُ عن التعديل ، فلا يسوغ عندنا إدامة الحبس بعد ذلك ؛ فإنه على الجملة من قبيل العقوبات . وقد يرى الوالي التعزيرَ به وحده .

وقال أبو حنيفة : لا يُصغي القاضي إلى البيّنة على الإعسار ، حتىٰ يمضي أمدٌ[4] ،

(١) (ت٢) : بطول .
(٢) (ت٢) : علىٰ .
(٣) (ت٢) : يفضي تبقيتها إلى الهلاك .
(٤) عبارة الأصل : يمضي أمدٌ (فيه) . وفي (ت٢) : يمضي مدة .

ثم اختلف قوله فيه ، فقال مرة : لا بُدَّ من مضي شهرين ، وقال مرة : أربعين يوماً ، أو خمسين ، وقال مرة : أربعة أشهر[1] . ونحن لا نرعىٰ شيئاً من ذلك، ونُصغي إلى البينة ، ونقضي بها من غير تأخير .

٤٠٣٩ـ ثم نتكلّم وراءَ ذلك فيما يتعلق بحق الشاهد وتحمّله ، ونذكر بعده نظرَ القاضي في أحوال الشهود على الإعسار .

فأما الشاهد ، فلا يحل له أن يشهد على الإعسار بظاهر الحال ؛ فإن الأموال في وضع الجبلات تخفَىٰ ولا تظهر ، هـٰذا حكم العادة الغالبة ، فليبحث من يتحمل هـٰذه الشهادةَ عن الباطن ولْيسبُر حالَ المشهود له ، ولا يخفىٰ طريق البحث في كل باب على الخبير .

هـٰذا قولنا في الشاهد .

٤٠٤٠ـ فأمّا الكلام في نظر القاضي ، فقد قال **الشافعي** : لا ينبغي له أن يقبل هـٰذه الشهادة إلا من أهل الخبرة الباطنة ؛ والسَّبب فيما افتتحناه من ذلك أن مستند الشهادة على الإعسار النفيُ ، ولو جرينا علىٰ قياس الشهادات ، لم نقبلها ، فإن النافي لا يكون مثبتاً ، ولا يستمكن من ادعاء العلم بالنفي . ولهـٰذه الشهادة نظائر : منها الشهادة علىٰ أن لا وارث للمتوفَّىٰ سوىٰ من حضر ، وهـٰذه الشهادة متعلقة بالنفي ، مقبولةٌ من أهل الخبرة الباطنة ، ومنها الشهادة علىٰ تعديل الشهود ؛ فإن متضمنها نفيُ الأسباب المخرجة عن العدالة ، ويلزم قبول هـٰذه الشهادات ، ولا مستند لها إلى اليقين قطعاً ، للضرورةِ ، ومسيسِ الحاجة ؛ فإن تخليد الحبس ، وتأبيد وقف الميراث محال ، والتعديلُ عماد القضاء ، ولا يتصور فيه إلا المسلك الذي ذكرنا ، فيلتحق عندنا بما/ ذكرناه الشهادةُ على الأملاك ؛ فإنها لا تنتهي إلىٰ يقين قطّ ، وإنّما غايتها بناء الأمر علىٰ ظواهرَ يصفها العلماء ، من اليد ، والتصرف ، وغيرهما . ولـٰكن لابد من الاكتفاء بما ذكرناه ؛ إذ الحاجةُ ماسة ، ومنتهى الإمكان ما أشرنا إليه ، فكأنّا نشترط استنادَ الشهادة إلى اليقين فيما يمكن اليقين فيه ، كالأقوال ، والأفعال التي يتعلق بها الحواس .

٢٤٤ ش

---

(١) ر . مختصر الطحاوي : ٩٦ ، والاختيار : ٢/ ٩٠ .

ولا مزيد علىٰ ما ذكرناه ؛ فإن أسرار الشهادات مذكورة في كتابها .

٤٠٤١ـ ومن لطيف الكلام في ذلك أن كل ما تستند الشهادةُ فيه إلى اليقين ، فلو علمه القاضي بنفسه ، اختلف القولُ في جواز قضائه بعلمه . ولو انتهى القاضي فيما لا علم فيه ، إلىٰ منتهىٰ يشهد فيه ، كالأصولِ التي ذكرناها ، فلا يحل له القضاء . وإن كان يحلّ له أن يشهد بما أحاط به ، وظهر عنده ، فليتأمل الناظر هـٰذا ؛ فإنه من أسرار القضاء .

٤٠٤٢ـ وتمامُ البيان في الفصل يتعلق بتردد الأصحاب في أمرٍ نذكره : وهو أن القاضي إن علم أن الشاهد من أهل الخبرة الباطنة في الإعسارِ ونظائرِه ، [قبل][(١)] شهادته ، وإن لم يتحقق ذلك عند القاضي ، [ولـٰكن][(٢)] ذكر الشاهدُ [أنه خبر باطنه ، وهو عدل رضاً ، كفىٰ ذلك ، فإنه قد يُعتمد في شهادته ، كما يعتمد في ذكره أنه من أهل الخبرة الباطنة . وإن أطلق الشهادة على الإعسار ، ولم يتبين للقاضي من جهة بحثه ، ولا من جهة ذكر الشاهد][(٣)] أنه من أهل الخبرة، فيتوقف لا محالة . هـٰكذا ذكره الأئمة .

والشهادة على الملك وإن كانت لا تستند إلىٰ يقين مقبولةٌ على الإطلاق من العدل الموثوق به ، وليس على القاضي بحثٌ عن أسبابِ تحمّل الشهادة ، والسَّبب فيه أن تلك الأسباب ثابتةٌ ، من اليد ، والتصرف ، ولا يُظَن بالشاهد إلا التثبتُ . والإعسارُ وانتفاءُ الوارث وعدمُ الأسباب المخرجة عن العدالة نفيٌ محققٌ ، وعلى الناظر في هـٰذا مزيد بحثٍ ، سيأتي الشرح عليه في الشهاداتِ، إن شاء الله تعالىٰ .

٤٠٤٣ـ وممّا يليق بهـٰذا أن الإعسار يثبت بشهادة شاهدين مع الاحتياط الذي ذكرناه . وذكر **بعض المصنفين** لفظاً مضمونه أنه لا بد من ثلاثة شهود ، وهـٰذا خُرقٌ[(٤)] عظيم ، وخروج عن الضبط ، ولعله أراد أن القاضي إن بدا له أن يستظهر بالعدد ، فعل ، لما حققناه من إشكال الإعسار .

---

(١) في الأصل : قبلت .
(٢) ساقطة من الأصل .
(٣) ما بين المعقفين ساقط من الأصل .
(٤) خُرق : حمق (معجم) .

وفي [استظهار القاضي][١] بعدد الشهود كلام طويل لا نخوض فيه .

ثم قال **الشافعي** : إذا قامت البينة على الإعسار ، حلّفنا الشهود بإعساره مع البينة ، وخالف **أبو حنيفة**[٢] فيه .

واختلف أصحابنا في أن هـٰذا التحليف هل يقف على استدعاء الخصم ومسألته ؟ منهم من قال : إنه موقوف على الاستدعاء والمسألة ، وهو من حق الخصم . ومنهم من قال : إنه من أدب القضاء ، فيتحتم على القاضي التحليف ، وإن لم يسأله الخصم ، إلا أن يقنع الخصمُ ، ويبدي الرضا بإطلاقه ، فلا إشكال إذاً .

هـٰذا كله إذا أقام بينة على الإعسار .

٤٠٤٤ـ فأمّا إذا قال : أنا معسر ، وليس يشهد علىٰ إعساري أحد ، فكيف خلاصي من هـٰذا الحبس ؟ قال الأصحاب : إن عُرف له يسار سابق ، فلا سبيل إلىٰ إطلاقه ، والحالة هـٰذه ، ما لم تقم بينة علىٰ زوال اليسار ؛ فإنَّ الظاهر بقاؤه ، والغالبُ استمكانه من إثبات زوال أسباب اليسار . فإذا لم يُقم بيّنةً ، ظهر كذبه .

وإن لم يعرف له يسار سابق ، فادّعى الإعسارَ ، ففي قبول قوله مع يمينه **أوجه** : **أحدها** ـ أنه يُقبل ؛ إذ الأصلُ الفقر . **والثاني** ـ لا يقبل ؛ لأن الظاهر من حال الحُرّ أن يملك شيئاً ، وإن قلّ ، ويندرُ حُرٌّ لا ملك له . **والثالث/** ـ أنه إن التزم الدينَ باختياره مثل مال الضَّمان ، والصَّداقِ ، فلا يُقبل قوله ؛ لأن الظّاهر أنه لا يلتزم باختياره مالاً إلا مع التعويل علىٰ ملكٍ وافٍ به . وإن لزمه ضمانٌ من غير اختيار ، قُبل قولُه في دعوى الإعسار .

٢٤٥ ي

هـٰذه الأوجه [الثلاثة][٣] هي التي عليها التعويل .

٤٠٤٥ـ وذكر أصحابنا وجهاً رابعاً ، نسوقه علىٰ وجهه ونبيّن اختلاله ، قالوا : من أصحابنا من قال : كل دين لزمه عوضاً عن مالٍ ، فلا يقبل فيه دعوى الإعسار ، وما لم

---

(١) في الأصل : الاستظهار للقاضي .
(٢) ر . الاختيار : ٢/ ٩٠ .
(٣) مزيدة من (ت٢) .

يكن عوضاً عن مالٍ ، يقبل فيه دعوى الإعسار ، وهـٰذا ليس وجهاً رابعاً ؛ فإنا حكينا وفاق الأصحابِ في أنه لو ثبت له ملك ، لم تقبل دعوى الإعسار منه بتقدير زوال اليسار ، وإذا كان هـٰذا متفقاً عليه، فكأن هـٰذا القائل في تفصيله جمع بين صورة الإجماع وبين قبول قوله مطلقاً في غير محل الإجماع .

وقد يخطر للفقيه حملُ هـٰذا الوجه الرابع علىٰ دين ثبت [عوضاً](١) ، وكان ملتزمه يدعي أنه لم يقبض(٢) المعوّضَ ، فإن كان ذاكرُ(٣) هـٰذا الوجه منزّلَه علىٰ هـٰذا التقدير ، لا على الاعتراف بقبض المعوّض ، وادعاء تلفه ، فهـٰذا علىٰ حالٍ وجهٌ ضعيف ؛ فإنه إذا ثبت الملك في المعوّض ، فالظّاهر قبضُه ، ونحن إنما لا نقبل قول من سبق له يسارٌ ، بتأويل ادعاء [زواله](٤) ؛ من جهة أن قولَه يظهر الخُلف فيه ، وزوال اليسار ممكن ، فعدم قبض المبيع بهـٰذه المثابة . والعلم عند الله تعالىٰ .

٤٠٤٦ـ ووراء هـٰذه الأوجه نوعان من الكلام ، يحصل بهما تمام الغرض .

أحدهما ـ أنا إذا قلنا : يُقبل قول المعسر مع يمينه ، فلست أرىٰ قبولَ قوله مع اليمين بداراً ، فيظهر عندي مسلك **أبي حنيفة** (٥ في التأني مع البحث الممكن عن أحواله ، غير أن ما ذكره **أبو حنيفة** مع البينة ٥) باطل عندنا ؛ من جهة أنا نحمل كلام الشهود علىٰ صدوره عن بحث منهم ، فإذا شهدوا ، وجب الاكتفاء بشهادتهم . أما إذا لم تكن بينة ، وكان الرجوع إلىٰ قول المدَّعي ويمينه ، فيظهر أن يبحث القاضي عن بواطن أمره ، وليس ذلك بعيداً عن الإمكان . وهـٰذا يقرب عندي من قول **الشافعي** في الفاسق : إذا تاب ، استبرأتُه أشهُراً ، (٦ فإن التوبة مأخوذةٌ من قوله ، فرأى **الشافعي** معه الاستبراء ٦) نعم، لست أنكر فرقاً بين الأصلين ؛ فإن يمين المعسر بمثابة الجحد .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) (ت٢) : يقبل .
(٣) (ت٢) : ذكر هـٰذا الوجه ، فنزله .
(٤) في الأصل : يساره .
(٥) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .
(٦) سقط من (ت٢) ما بين القوسين .

والذي ذكرته لست أعزيه إلىٰ نقلٍ . وفي كلام الأصحاب ما يدل عليه ، وظاهر النقل يُشعر بالبدار إلىٰ قبول قوله مع يمينه ، حيث يقبل قوله .

فهـٰذا أحد النّوعين .

٤٠٤٧ـ والثاني ـ أنا إن قلنا : لا يقبل قوله ، والمحبوس غريبٌ لا يتوصل إلىٰ إثبات[1] إعساره ببيّنة ، فتخليد [حبسه][2] شديدٌ عندي . والذي أراه فيه أن السلطان يوكّل به من يبحث عن منشئه ، ومولده ، ومنقَلبه ، ويتناهىٰ في البحث جهده ، ثم يُسوّغ المُفتون للباحثين أن يشهدوا ، هـٰذا لا أرىٰ منه بداً، والعلم عند الله تعالىٰ .

٤٠٤٨ـ وممّا يتعلق بهـٰذا الفصل أنه لو أقام البينة على الإعسار ، فأقام مستحق الدين بيّنة علىٰ أنه كان في يده مالٌ ، فاعترف بكونه في يده ، وقال : كان لفلان في يدي وديعة ، فإن نسبه إلىٰ حاضرٍ ، قُبل قولُه بلا يمين ، وإن كان غائباً ، حُلِّف . وهـٰذا من معَاصاتِ كتابِ الدعاوىٰ .

فإذا ادّعىٰ رجل علىٰ رجل مالاً في يده ، فقال المدعىٰ عليه : المال لفلانٍ ، وليس لي ولا لك ، فالقول في تقاسيم هـٰذا الفصل وجوانبه غمرة كتاب الدعاوىٰ وسنذكره إن شاء الله تعالىٰ .

والقولُ الذي يليق بما نحن فيه ما أشرنا إليه ، فإنْ تفرّق[3] فكرُ الناظرِ في جوانب/ الفصل ، فلينظر شرحها ، وليطلبه من موضعه . ٢٤٥ ش

٤٠٤٩ـ وإذا[4] ثبت الإفلاس وجب الإطلاق ، فلا حبس علىٰ معسر ، ثم لا يجوز التعرض له إلىٰ[5] أن يُفيد مالاً ، فإن صرفه إلىٰ دينه ، فذاك ، وإن أبىٰ ، رفع إلىٰ مجلس القضاء ، وحُمل علىٰ تأدية الدّين من المال الذي أفاده ، بالحبس وغيره ، علىٰ ما تفصّل .

---

(١) (ت٢) : ثبوت .
(٢) في الأصل : إعساره .
(٣) (ت٢) : تفريق .
(٤) (ت٢) : فإذا .
(٥) (ت٢) : إلا .

٤٠٥٠ـ والمحجور عليه المفلس إذا صرف القاضي أموالَه الموجودةَ إلىٰ غرمائه ، فهل يرتفع الحجر عنه أو لا بد من أن يفكه الحاكم ؟

في المسألة **وجهان: أحدهما** ـ لا بد من رفع الحاكم؛ فإن ذلك يتعلق بالنظر والبحث والاجتهادِ ، فكما لا يثبت الحجر إلا بضربِ السلطان [كذلك][1] لا ينفك إلا بفكه .

والوجه الثاني ـ أن الحجر [ينفك][2]؛ فإن سببه صرفُ ما كان له من مالٍ إلىٰ ديونه ، فإذا انتجز ذلك ، لم يكن للحكم باستمرار الحجر ـ وقد زال سببه ـ معنىً .

٤٠٥١ـ والسَّفيه إذا ظهر صلاحه في الدِّين ، وإصلاحه المالَ[3] ، فلا ينطلق الحجر عنه إلا بإطلاق القاضي ، كما سنذكرُه في كتاب الحجر، إن شاء الله تعالىٰ . والسبب فيه أن الحجر نظرٌ للسَّفيه ، والحق فيه له ، ونظر السلطان قائم ، والأمر موقوف إلىٰ إظهاره انطلاقَ الحجر عنه . وسيأتي هـٰذا في كتاب الحجر ، إن شاء الله تعالىٰ .

٤٠٥٢ـ وأمّا المجنون إذا أفاق ، فلا شك في ارتفاع الحجر عنه ؛ فإن الجنون وارتفاعَه لا يتعلقان بالنظر والاجتهاد ، وسنستقصي القول فيمن عدا المفلسَ من المحجورين في كتاب الحجر، إن شاء الله تعالىٰ .

ومن تمام القول في ذلك أن الغرماء لو قالوا : رفعنا الحجر عنك ، والحق لا يعدونا ، ففي ارتفاع الحجر من غير رفع الأمر إلى القاضي ترددٌ للأصحاب ، يدل عليه تلويحاتُهم ، ومرامزُهم ، فيجوزُ أن يقال : يرتفع الحجر لما ذكرناه من أن الحجر كان بسببهم ، وهم مطلقون لا تولي عليهم ، وهم في الأموال تحت الحجر كالمرتهن في العين المرهونة[4] .

ويجوز أن يقال : لا بد من الرفع إلى القاضي ، فقد يظهر غريم غيرهم ، والأمر فيه مربوط بنظر الوالي ؛ فإنه النائب عن كل غائب .

---

(١) ساقطة من الأصل .
(٢) في الأصل : يفك .
(٣) (ت٢) : للمال .
(٤) أي الأمر إلى المرتهن في الإذن ببيعها والتصرف فيها ، وردّها إلى الراهن .

٤٠٥٣ـ وذكر **الشيخ في الشرح** مسألةً تتعلق بما نحن فيه : وهو أَنَّه لو باع المفلس جميع ماله من غريمه ، ولا نَعرف غريماً سواه . قال **صاحب التلخيص** : يصح بيعُه ، قطع جوابَه به ؛ فإن الحجر بسبب هـٰذا الغريم . فإذا دار العقدُ بينهما ، وصدر عن تراضيهما ، فلا وجه إلا تصحيحه .

قال **الشيخ أبو علي**: كان يدور في خلدي إمكان خلافٍ في ذلك ، حتىٰ رأيت **للشيخ أبي زيدٍ** وجهاً آخر في ذلك : أنه لا يصح البيع من الغريم من غير مرافعة القاضي ، وما ذكرته من التردد في رفع الغريم الحجرَ[1] عن المحجور عليه من غير مراجعة القاضي ، مأخوذ من هـٰذه المسألة .

٤٠٥٤ـ ولما حكى **الشيخ** الترددَ في البيع من الغريم بالدين الذي له على المحجور ، حكىٰ بعده أن المحجورَ لو باع ماله من غريمٍ[2] بعينٍ آخر ، ولم يبعه منه بالدين الذي له عليه ، فلا يصح هـٰذا ، وإن صدر عن الرضا[3] .

وكذلك قال : لو باع المحجور بإذن الغريم مالَه من أجنبي ، لم ينفذ . وإنما حكىٰ عن **صاحب التلخيص** و**أبي زيد المروزي** الخلاف فيه إذا باع المحجورُ عليه مالَه من الغريم بالدين . والذي ذكره **الشيخ** من الوفاق لا يساعَد عليه ، ونفوذ البيع بإذن الغريم علىٰ نهاية الظهور في الاحتِمال . ثم وجْهُ تخصيص الخلاف بالبيع بالدين ، أن ذلك يتضمن سقوطَ الدين ، وفي سقوطه انطلاقُ الحجر ، وفي البيع بغير الدين اطّرادُ الحجر ، وكذلك/ في البيع من الأجنبي . وما ذكرته من رفع الحجر ينطبق على البيع[4] بالدين لا محالة . ٢٤٦ ي

وقد نجز الفصل الثاني من الفصول الثلاثة .

---

(١) ساقطة من (ت٢) .
(٢) (ت٢) : غريمه .
(٣) عبارة (ت٢) : . . عن الرضا بالدين الذي عليه .
(٤) (ت٢) : المبيع .

الفصل الثالث

قال : « وإذا أراد الذي عليه الحق إلىٰ أجلٍ السفرَ . . . إلىٰ آخره »[١] .

٤٠٥٥ـ من عليه دينٌ حالّ ، ولم يثبت إعساره ، إذا هم بالسفر ، استمكن مستحِق الدين[٢] من منعه من المسافرة .

وحقيقةُ القول في ذلك أنه لا يمنعه عن السفر في عينه منْعَ السيد عبدَه ، والزوجِ زوجتَه ، ولٰكنه يتمكن من شغله عن السفر ، برفعه إلىٰ مجلس الحُكم ، والتشبثِ به إلىٰ تَوْفية الحق .

٤٠٥٦ـ ولو كان الدين مؤجَّلاً ، لم يمتنع علىٰ من عليه السفرُ ؛ إذْ ليس[٣] لمستحق الدّين التشبث به قبل حلول الأجل .

وهٰذا مُطّردٌ في الأسفار ، خلا سفر الغزو ؛ فإن أصحابنا اختلفوا فيه ، فذهب بعضهم إلىٰ أنه يجوز منعه ؛ فإن مسيره ومصيره إلىٰ مصرعه ، وهو سببُ حلول الدين . وهٰذا بعيدٌ ، لا أصل له .

والأصح أنه لا يمتنع علىٰ من عليه الدين المؤجل أن يسافر نحو الغزو ؛ فإن النظر إلى الحالِّ .

٤٠٥٧ـ ولوْ همَّ من عليه الدين المؤجل بالسفر ، فساوقه مستحق الدين ، عازماً علىٰ أن يلزمه حيث يحل الدين ، فلا يمنع من الخروج معه ، إذا كان لا يؤذيه إيذاء المراقب ، والجادّة[٤] مَطْرق الخلق .

٤٠٥٨ـ ولو قال مستحق الدين المؤجل لمن عليه الدين : لا تسافر حتىٰ تعطيني كفيلاً بالدين أو رهناً ، لم يكن علىٰ من عليه الدين إسعافُه ، خلافاً **لمالك**[٥] .

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٣ .
(٢) (ت٢) : الحق .
(٣) (ت٢) : وليس .
(٤) الجادّة : الطريق . ومَطْرق مكان الطريق ، والطروق. (معجم).
(٥) ر . القوانين الفقهية لابن جزي : ٣١٤ .

ولو قال لمن عليه الدين : أشهد علىٰ ديني ، فالذي قطع به الأصحابُ أنه لا يلزمه ذلك ، وهو الذي اختاره **صاحبُ التقريب** أيضاً . وحكىٰ وجهاً غريباً أنه يلزمه إجابته إلى الإشهاد . وهـٰذا لا أصل له ، فلا أعده من المذهب .

فَرْعٌ : **٤٠٥٩ـ** إذا أراد الإنسان أن يدّعي ديناً مؤجلاً علىٰ إنسان ففي قبول دعواه قبل حلول الأجل **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه لا يقبل ؛ فإنه لا يملك المطالبة به ، فكيف يملك الاستعداءَ والرفعَ إلىٰ مجلس القضاء . ومن أصحابنا من قال : تُقبل الدعوىٰ ؛ فإنه يبغي به التسبب إلىٰ إثباتِ ملكٍ له ، فليملك ذلك ، وإن كان لا يتوصل إليه في الحال .

فإن قلنا : الدّعوىٰ بالدين المؤجل مقبولة ، فلا كلام ، وإن قلنا : إنها غيرُ مقبولة ، فعلىٰ من يدعي الدين الحال أن يصرح بذكر الحلول ، أو يقول : لي عليك ألف يلزمك تسليمه إليّ . فإن قال ذلك ، وكان الدّين مؤجّلاً ، فللمدعىٰ عليه أن يقول : لا يلزمني تسليم ما ادّعيتَه .

٤٠٦٠ـ وكشف القول يستدعي مزيد بَيانٍ مأخوذٍ من الاختلاف في مسألة ، وهي أن الرجل إذا أقرّ بألفٍ مؤجل ، فهل يقبل قوله في الأجل أم يؤاخذ بالألف حالاً ، والقول قول المقر له في نفي الأجل مع يمينه ؟ فيه **قولان** سيأتي ذكرهما إن شاء الله تعالىٰ، في كتاب الأقارير .

فإن قلنا : لا يقبل قوله في الأجل لو أقر بالدين المؤجل ، فيكتفَىٰ منه ـ والحالة هـٰذه ـ أن يقول : لا يلزمني التسليم ، ويحلف عليه .

وإن قلنا : لا يؤاخذ بالألف حالاً لو اعترف به مؤجلاً ، فوراء ذلك نظرٌ ، يجب التثبت فيه . وهو أنا إذا فرعنا علىٰ أنه لا يؤاخذ بالألف حالاً ؛ فلو قال المقر له : حلفوني أحلف علىٰ نفي الأجل ، قلنا : لا يكتفىٰ منك بهـٰذا ؛ فإنا نفرع علىٰ أنه غير مؤاخذ بالألف ، وما ذكرته موجب المؤاخذة ؛ فإنه علىٰ قول المؤاخذة كان لا يعجز عن تحليفك ، فكأنا نقول : لا يلزمه إلا ما اعترف به ، والمعترَف به دين مؤجل .

فإذا ثبت هـٰذا ، عدنا إلىٰ غرضنا قائلين .

ش ٢٤٦

٤٠٦١ـ إن حكمنا بأنه/ يؤاخذ بالألف حالاً ، وقد ادعى المدعي الألف حالاً ، ولو اعترف المدعىٰ عليه بالألف المؤجل ، لكان مؤاخذاً بالألف حالاً . وغاية مضطرَبه أن يحلف المقر له ، فعلىٰ هـٰذا يكفيه أن يقول في جواب الدعوىٰ : لا يلزمني تسليم ما ادّعيتَه ، ولا يحلفُ إلا علىٰ هـٰذا الوجه .

وإن قلنا : لو أقر بالدّين المؤجَّل ، لم يؤاخذ بالألف حالاً ، فهل يقنع منه بأن يقول : لا يلزمني تسليمه ؟ فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه يُقنع منه بذاك ؛ فإن مقصود الدعوىٰ مطالبة المدعىٰ عليه ، فإذا أنكر وجوب التوفية ، وحلف عليه ، فقد تعرض لمضادة مقصود الدعوىٰ .

ومن أصحابنا من قال: عليه أن يبوح . فإن لم يكن أصلٌ[1] للدين ، فليصرح بنفيه في الإنكار، وإن[2] كان[3] الدين ولـٰكنه مؤجل ، فليقر به مؤجلاً .

٤٠٦٢ـ وممّا يتعلق ببيان ما نحن فيه : أن من اعترف بإعسار إنسان ، وأراد أن يدعي عليه ديناً ليثبته علىٰ توقع مطالبته به إذا أفاد مالاً ، ففي سماع ذلك خلافٌ مضاهٍ لما ذكرناه من دعوى الدين المؤجل . وهـٰذه الصورة أولىٰ بأن لا تُقبل الدعوىٰ فيها ؛ فإنّ زوال العسر لا منتهىٰ له بضبط . وليس كالأجل .

٤٠٦٣ـ وذكر الأئمة في الدعوىٰ على العبد في دين متعلق بذمته تردداً[4] أيضاً .

٤٠٦٤ـ وقد اشتمل كلامنا علىٰ **ثلاث مراتب** : المرتبة الأولىٰ في الدين المؤجل ، **والثانية** ـ في الدعوىٰ على المعسر مع الاعتراف بإعساره ، **والثالثة** ـ وهي أبعدها ، وأولاها بالرد الدّعوىٰ على العبد بدَيْن متعلقٍ بذمته على ارتقاب العتق وزوال الرق .

* * *

---

(١) (ت٢) : له أصل .
(٢) (ت٢) : فإن .
(٣) (كان) هنا تامة : والمعنىٰ إن وجد الدين ، ولـٰكنه مؤجل .
(٤) في النسختين : تردد .

كتاب الحجر

٤٠٦٥ـ الحجر هو المنع ، وكل تحريمٍ حجرٌ في الشرع . والحجر في اصطلاح الفقهاء ما يتضمن المنعَ من التصرف .

والأسبابُ المقتضية للحجر : الجنون ، والصبا ، والرق ، والسفه ، والفلس .

فأما المجنون، فلا استقلال له ، وأمره مفوضٌ إلى القوّام عليه . والجنون يسلب حكمَ أقوال المجنون بجملتها . والصبا يضاهي الجنونَ في سلب الأقوال الملزمة ، وعليه بنينا منعَ إسلام الصبي على المذهب الظاهر ، والصلاة تنعقد منه ؛ لأنها ليست لازمة . وفي إحرامه احتياط في المذهب بيَّنَّاه في المناسك . والفرق بين الإسلام والإحرام عسر .

٤٠٦٦ـ وأمّا الحجر بالرق ، فثابت . وقد أنكر بعضُ أصحابنا عدَّ الرقيق من المحجورين، وقال : إنه لا يملك شيئاً ، فلم يتصرف . وهـٰذا لا أصل له . ووجه منعه بيّنٌ ، والقول في ذلك لا يشير إلىٰ فقهٍ .

وتصاريف أحوال العبيد تنقسم **ثلاثة أقسام** : **قسمٌ** ـ لا ينفذ منه ، وإن أذن المولىٰ فيه كالولايات والشهادات . **وقسم** ـ يستفيده دون إذن المولىٰ كالعبادات ، والتصرفاتِ في النكاح المأذون فيه . **وقسم** ـ يتوقف نفوذه علىٰ إذن السيد وهو كابتداء النكاح ، والبيع والشراء، على الأصح وغيرهما .

٤٠٦٧ـ وأمّا المحجور عليه بالفلس ، فقد انقضىٰ حكمه في كتابه ، وأمّا المحجور عليه بالسفه ، فتفصيل القول في اطراد الحجر عليه ، وفيما ينفذ منه وما لا ينفذ ، سيأتي على الاتصالِ، إن شاء الله تعالىٰ، وهو مقصود الكتاب .

٤٠٦٨ـ ثم ذكر الأصحاب في صدر الكتاب تفصيلَ القول في البلوغ وسببه .

والغرض التعرض للسَّفَه والتبذير والرشد المناقض لهما ، ولـٰكنّ نظمَ الكلام يقتضي ذكرَ زوال الصبا ، والنظرُ بعد زواله في الرشد/ والسفه . والصّبي في الإطلاق غيرُ مكلَّف ، وكأن الشرعَ لم يُلزم الصبيَّ قضايا التكليف بسببين : **أحدهما** ـ أنه في مظنة الغباوة وضعف القصد ، فلا يستقل بأعباء التكليف . **والثاني** ـ أنه عري عن البلية العظمىٰ وهي الشهوة . ثم ربط الشرعُ التزام التكليف بأمدٍ ، أو تركّب الشهوة ، أمّا الأمد فيُشير إلى التهذب بالتجارب ، وأما تركب الشهوة ؛ فإنه تعرض للبلايا العظام ، فرأى الشرع تثبيت التكليف معه زاجراً ، وإن اتفق ذلك دون الأمد المعتبر في البلوغ .

ي ٢٤٧

٤٠٦٩ـ فأما الأمد ، فمذهب **الشافعي** أن بلوغ الغلام والجارية يحصل باستكمال خمسَ عشرةَ سنة . هـٰذا هو المذهب .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً بعيداً في أن البلوغَ يحصل بالطعن في السنة الخامسة عشرة ، من غير استكمال . وهـٰذا لا أصلَ له . هـٰذا قولنا فيما يتعلق بالزمان .

٤٠٧٠ـ فأمّا تركب الشهوةِ ، فلا مُطَّلعَ عليه إلا من جهة العلامة ، حتىٰ نذكر العلامة في الغلام والجارية والخنثىٰ .

فأمّا الغلام فعلامة تركّب الشهوة فيه انفصالُ المني ، وقد وصفناه في كتاب الطّهارة . ثم اختلف أصحابنا في أقلّ السّن الذي يُفرض بلوغ الغلام بالاحتلام فيه ، فقال قائلون : إنه يحتلم[1] إذا استكمل العاشرة . ولو فرض انفصال ما نراه علىٰ صفة المني في التاسعة ، فهـٰذا نادرٌ .

وقد مضى القول في كتاب الحيض فيما يُفرض ندورُه في الحيض ، وأقلّه وأكثرِه . والمتبع في هـٰذه الأبواب الوجودُ ، واتباع الأولين ، وقد أشبعنا القول في ذلك علىٰ أقصى الإمكان .

وإنما الذي نُجريه الآن ذكرُ كلام الأصحاب ، خلافاً ووفاقاً ، علىٰ ما تقرّر عندهم في حكم العادة . هـٰذا قولنا في سبب بلوغ الغلام .

---

(١) (ت٢) : يحتمل .

٤٠٧١ـ فأمّا سبب بلوغ الجارية، فاعتبار السن [فيها كاعتبار السن][١] في الغلام . وقد روى الدارقطني بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « **إذا استكمل المولود خمسَ عشرةَ سنةً ، كتب ما له وما عليهِ وأقيمت عليه الحدود** »[٢] ولفظ المولود يعم الغلام والجارية ، فلا فرق بينهما فيما يتعلق بالسن باتفاق الأصحاب .

وأمّا[٣] الخارجُ الدال على البلوغ فيها ، فالحيض لا شك أَنَّه يدل على البلوغ . والقول في أقل سن الحيض استقصيناه في كتاب الحيض .

والمرأة إذا احتلمت وخرج منها ما يُعتقد أنه أصل فطرة المولود من جانبها ، فقد ذكرنا في كتاب الطّهارة أن المرأة تغتسل إذا رأت ذلك ، واستشهدنا عليه بحديث المرأة التي سألته صلى الله عليه وسلم وقالت : ما على المرأة إذا هي احتلمت ؟ فقال صلى الله عليه وسلم في آخرّ الحديث : « **إذا رأت ذلك ، فلتغتسل** » ، فإذا رأت الصبية ما وصفناه ، فهل يكون ذلك بلوغاً منها إذا رأت ذلك علىٰ سن إمكان البلوغ[٤] ؟ فعلىٰ **وجهين** ذكرهما الأصحاب : **أحدهما** ـ أنه يكون بلوغاً منها ، بمثابة احتلام الغلام . **والثاني** ـ لا يكون بلوغاً ؛ لأن ذلك نادرٌ في جنسهن ، وحق البلوغ أن يُناط بالعلامات الظّاهرة . وللنَّظر[٥] وراء ذلك مضطرَبٌ .

فإذا قلنا : يحصل البلوغ ، وهو الأصح ، فلا إشكال . وإن قلنا : لا يحصل البلوغ ، فالذي يتّجه عندي أن هـٰذه لا يلزمها الغسل في هـٰذا المقام ؛ فإنا لو ألزمناها ذلك ، لكان حكماً [بأن المنفصل منيٌّ][٦] والجمع بين الحكم بأنه منيٌّ يوجب خروجُه

---

(١) ما بين المعقفين سقط من الأصل .

(٢) حديث «إذا استكمل المولود. . .» رواه البيهقي في السنن : ٦/ ٥٧ ، وقال : « إنه ضعيف » ، كما رواه في الخلافيات أيضاً . وعقب الحافظ علىٰ قول إمامنا : « رواه الدراقطني » قائلاً : لعله في الأفراد أو غيرها ، فإنه ليس في السنن (ر . التلخيص : ٣/ ٩٣ ح١٢٥٢) .

(٣) (ت٢) : أصحابنا . فأما .

(٤) (ت٢) : إمكان سن البلوغ .

(٥) (ت٢) : والنظر .

(٦) في الأصل : بأنه المني المنفصل . وفي (ت٢) : بأن مني المنفصل . والمثبت تصرّف من المحقق .

الغسلَ وبين الحكم بأن البلوغ لا يحصل به ، فيه تناقض . فعلىٰ هـٰذا يُقطع بوجوب الغسل بخروج المني من المرأة التي لا نشك في بلوغها . وإذا رأت/ الصبيةُ ذلك في مظنة البلوغ ، ففي وجوب الغسل ما ذَكرته . هـٰذا ما رأيته . ش ٢٤٧

وظاهر كلام الأصحاب ثبوتُ الغسل وجهاً واحداً ، والتردُّدُ في حصول البلوغ (من جهة ندور الشيء . وهـٰذا غير سديد . وظاهر المذهب حصول البلوغ [١])، فقد اجتمع للمرأة أسبابٌ ثلاثة إلىٰ أن يلحق بها بعد ذلك ما ينبغي ، فالأسباب الثلاثة : السن ، والحيض ، وانفصال ماء الفطرة .

٤٠٧٢ـ فأما الإنباتُ ـ يعني إنباتَ العانة ـ فإنه يعم الغلامَ والجارية ، ولم يختلف الأصحاب في أنه تعلّقَ به الحكمُ بالبلوغ في حق أولاد الكفار ، والشاهد له ما كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم في بني قريظة ، لما حكم سعدٌ بقتل مقاتلتهم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجالهم ، فضربت أعناقهم ، وكان يأمر بالكشف عن مؤتزر الغلام ، فكل من أنبت منهم ، كان يقدّم وتضربُ رقبته[٢] .

٤٠٧٣ـ ثم الترتيب الجامع المرضي في ذلك ، أن الأصحاب اختلفوا في أن الإنبات عينُ البلوغ، أو علامةُ البلوغ . هـٰكذا قال الأصحاب . فإن جعلنا الإنبات عينَ البلوغ، وجب الحكمُ بالبلوغ عنده[٣] في أولاد المسلمين ، كما يجب ذلك في أولاد الكفار .

وإن قلنا : إنه علامةُ البلوغ ، ففي أولاد المسلمين **وجهان** : **أحدهما** ـ يحكم بالبلوغ فيهم قياساً علىٰ أولاد الكفار .

---

(١) ما بين القوسين سقط من (ت٢) .

(٢) متفق عليه دون قصة الإنبات ، من حديث أبي سعيد (اللؤلؤ والمرجان ح١١٥٥) وأما قصة الإنبات ، فهي عند أصحاب السنن : رواها أبو داود : الحدود باب في الغلام يصيب الحد، ح٤٤٠٤ ، والترمذي : السير باب ما جاء في النزول على الحكم، ح١٥٨٤ ، والنسائي : الطلاق، متىٰ يقع طلاق الصبي، ح٣٤٣٠ ، وعنده أيضاً في كتاب قطع السارق، باب حد البلوغ، ح٤٩٨١ ، وابن ماجة : الحدود باب من لا يجب عليه الحد، ح٢٥٤١ ، ٢٥٤٢ ، وانظر التلخيص : ٣/ ٩٤ـح١٢٥٣ ، ١٢٥٤ .

(٣) عنده : أي عند من يقول بأن الإنبات عين البلوغ .

والثاني ـ لا يُحكم ؛ فإنا نطلع علىٰ تواريخ ولادة أولاد المسلمين ؛ فلا نتعلق بالأمر الخفي ، وقد لا نطلع على التواريخ في أولاد المشركين ، فنكتفي بهـٰذه العلامة .

وهـٰذا الذي ذكره الأصحاب فيه بعضُ النّظر ، [فلا][1] وجه عندنا للحكم بأن الإنبات عينُ البلوغ ، ولا طريق إلا القطعُ بأنه علامةٌ . ثم ينتظم عليه مراد الأصحاب في القطع بأنه علامة في أولاد الكفار ، والتردد في أولاد المسلمين .

والمعنيُّ بالإنبات ظهورُ الشعر الخشن الذي يتميز عن الزغب .

وحكىٰ بعض الأثبات عن **القاضي** أنه نزَّل نبات اللحية ، والشارب ، والإبط ، منزلة نبات العانة ، وهـٰذا حسن متّجه . وإنبات العانة يقع في مفتتح تحريك الطبيعة ، في [تركّب][2] الشهوة .

ونباتُ اللحية ، والشاربِ والإبط لا يتراخىٰ في الغالب عن البلوغ ، فكان أولىٰ بالدلالة على البلوغ من إنبات شعر العانة .

فأمّا انفراق الأرنبة[3] ، ونتوء غضروفة الحلقوم ، وثقل الصوت ، ونهودُ الثدي ، فشيء منها لا يكون علامةً في البلوغ .

هـٰذا منتهىٰ ما أردناه في بلوغ الغلام والجارية ، وما يختص به كل واحد منهما ، وما يشتركان فيه .

٤٠٧٤ـ فأمّا الخنثىٰ ، فالسن في حقه كالسن في حق الجنسين ، وأمَّا انفصال ما هو علىٰ نعت المني ، وخروجُ ما هو علىٰ صفة الحيض ، فهل يتعلق البلوغ به ؟ ذكر **الشيخ أبو علي** ، **والعراقيون** طريقةً ، نحن طاردوها ، ثم ننبه علىٰ وجه التحقيق .

قالوا : إذا انفصل [منه][4] ما هو علىٰ صفة المني ، فلا نحكم بالبلوغ ، لجواز أن

---

(١) في الأصل : ولا .

(٢) في الأصل : تركيب .

(٣) (الأرنبة) بمعنىٰ : طرف الأنف . (المصباح ـ المعجم) ولكن ما معنى انفراقها ؟ وكيف يكون انفراقها عند البلوغ ؟

(٤) ساقطة من الأصل .

يعارضه خروجُ ما هو علىٰ صفة الحيض ، وكذلك إذا سبق خروج المني[١] من فرج النساء ، لم نحكم بالبلوغ لما ذكرناه من احتمال خروج الدم بعده . ولو خرج المني من الذكر ، والدمُ من الفرج، ففي الحكم بالبلوغ وجهان : **أحدهما** ـ أنه يحكم به؛ فإنه إن[٢] كان رجلاً ، فقد أمنىٰ ، وإن كانت امرأة/ ، فقد حاضت . ي ٢٤٨

والوجه الثاني ـ أنه لا يُحكم بالبلوغ لتعارض الخارجَيْن ، وليس أحدهما بأن يحال عليه البلوغ أولىٰ من الثاني .

قال **الشيخ أبو علي** : نصُّ **الشافعي** يدل علىٰ هـٰذا الوجهِ الأخير ، وهو أن البلوغ لا يحصل عند التعارض .

٤٠٧٥ـ وهـٰذا الذي ذكروه كلام مختلط ، لا يستند إلىٰ تحصيل . وقد ذكر الأصحابُ في الطرق في علامات الذكورة والأنوثة ، أن الخنثىٰ إن كان يبول بمبالِ الرجل ، فهو رجل ، وإن كان يبول بمبال النساء ، فهو امرأة ، وإن كان يبول بهما ، فالأمر مشكل[٣] ، فيتعلق بخروج المني والحيض أوان البلوغ ، فإن أمنىٰ بفرج الرجال ، فهو رجل ، وإن حاض بفرج النساء ، فهو امرأة ، فإن كان خروج ما هو علىٰ نعت المني دالاًّ على الذكورة ، فيجب القطع بكونه منيّاً دالاًّ على البلوغ ، وإن لم نحكم بالبلوغ ، وجب ألا نحكم بالذكورة ، وهـٰذا لا شك فيه .

والقول في الحيض إذا انفرد ، ولم يعارضه المني كالقول في المني إذا لم [يعارضه][٤] الحيض .

٤٠٧٦ـ وأنا أذكر مسلكين : **أحدهما** ـ الحق عندي . **والثاني** ـ يفيد تقريب كلام الأصحاب من وجهٍ ، علىٰ بعده . فأمّا الحق الذي يجب اتباعُه ، فهو أن نقول : المني إذا انفرد خروجه ، كان بلوغاً . وكذلك القول في الحيض إذا انفرد . فإن قيل : إذا سبق المني ، لم يبعد توقّعُ الحيض بعده ، فكيف يقع به الحكم بالبلوغ ؟ قلنا : هـٰذا

---

(١) (ت٢) : الدم .

(٢) (ت٢) : فإن كان .

(٣) (ت٢) : ملتبس .

(٤) في الأصل : يعرض .

يتوجه في الحكم بالذكورة والأنوثة . وإن شبب مشبب بخلافٍ في الذكورة والأنوثة في الحيض والمني ، أُلزم خروجَ البول من أحد المبالين ؛ فإنه يبيّن الذكورة والأنوثة ، وإن كنا لا نأمن خروجَه من المبال الثاني بعد خروجه من المبال الأوَّل . ثم لا خلاف أنا نعلق الحكم بالمبال إذا سبق ، فإن تأخّر عنه الخروج من المبال الثاني ، نقضنا ما حكمنا به ، فالوجه إذاً القطع بحصول الذكورة بالمني إذا انفرد ، وحصول البلوغ . وكذلك القول في الحيض إذا انفرد .

وإن خرج المني والحيض ، فلاشك أنا لا نحكم بالذكورة والأنوثة ، لتعارض الأمرين . وهل [يُحكم][1] بالبلوغ ؟ هٰذا محتمل جدّاً . يجوز أن يقال : يحصل البلوغ ؛ فإنه إن التبس الذكورة والأنوثة ، فقد حصلت العلامتان المعتبرتان في البلوغ ، فإن كانت امرأة ، فقد حاضت ، وإن كان رجلاً ، فقد أمنىٰ . ويجوز أن يقال : لا يحصل البلوغ بناء علىٰ أن الخارجَيْن ليسا منياً ولا حيضاً ؛ فإن تعارضهما قد [يثير][2] هٰذا الإشكال، فإنَّ الجبلّة التي تنشىء المني ، لا تنشىء الحيض من مغيضه ، والطبيعة التي تنشىء الحيض لا[3] تنشىء المني ، فلا يمتنع ألاّ نحكم على الواحد من الخارجَيْن تحقيقه ، وبهٰذا نوجه نصّ **الشافعي** ـ إن كان له نص[4] ـ فهٰذه الطريقة التي أرتضيها .

فأما تقريب قول الأصحاب ، وحملُه علىٰ وجهٍ يقرب بعض القرب ، فهو أن يقال : إن سبقَ المني ، حكمنا حكماً ظاهراً بالبلوغ ، وكذلك إن سبق الحيض ؛ فإن سبق أحدُهما ، ولحقه الثاني ، فحُكْمنا بالبلوغ ، ربطاً بالسابق منقوضٌ لا محالة . فهٰذا هو المعنيّ بقول الأصحاب : لا نحكم بالبلوغ . فإذا اعتقبا ، فهل نحكم الآن ، وقد نقضنا حكمنا الأول بالبلوغ ؟ فعلى التردد . وهٰذا مع بذل الجهد فيه مُثَبَّجٌ[5] .

---

(١) في الأصل : يحتكم .

(٢) في الأصل : يكثر .

(٣) ساقطة من (ت٢) .

(٤) في هامش (ت٢) : حاشية : « نصَّ الشافعي رضي الله عنه في الأم أن الخنثىٰ إذا حاض وأمنىٰ ، لا نحكم ببلوغه » .

(٥) مثبّج : معمًّىٰ . (معجم) .

فصل

ش ٢٤٨ ٤٠٧٧ـ قد ذكرنا ما يحصل البلوغ به ، ونحن نذكر الآن الرشدَ ومعناه/ ، ونقيضه ، وهو السفه ؛ فإن الربَّ تعالىٰ علق زوال الحجر في حق الصبي بالبلوغ ، وإيناس الرشد ، فقال تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ [النساء : ٦] فنذكر معنى الرشد ، فنقول : الرشيد هو الصالح في دينه ، المصلح لمالهِ ، فلو بلغ الصبي مبذراً ، وهو الذي يصرف ماله في جهةٍ لا يستفيد به أجراً في الآجل ، ولا حمداً ممّن يُعتبر حمدُه في العاجل . هـٰذا معنى التبذير .

٤٠٧٨ـ فإن بلغ الصبي فاسقاً ، وكان يعدُّه أهل المعاملات مصلحاً لماله ، مقتِّراً ضابطاً ، فهو في معنى المبذر ؛ والسَّبب فيه أن الفاسقَ قد يصرف أمواله إلىٰ [اتخاذ][1] الخمور ، [وأجرة القَيْنات][2] وأبناءُ جنسه يعدّونه مقتصداً في نوعه ، وصرفُ المال إلىٰ هـٰذه الجهات تبذيرٌ في الشرع ، وإفسادٌ للمال .

٤٠٧٩ـ ولو كان يتعدىٰ طوره[3] في اتخاذ الأطعمة الفائقة الكثيرة القيمة والمؤنة ، وكان لا يليق ما يفعله بمنصبه ومرتبته في اليسار ، فهـٰذا منه تبذير . ويختلف ما أشرنا إليه باختلاف المنازل والرتب .

٤٠٨٠ـ وذكر أئمتنا أنّ صرف المال في الخيرات وجهات القربات ليس بتبذير . ومن رشيق كلام المتقدمين قول بعضهم : **لا خير في السَّرف ، ولا سرف في الخير** .

وكان **شيخي** يفصل ذلك تفصيلاً حسناً ، ويقول : إذا بلغ الصبي ، وكان يتشوف إلىٰ صرف المال إلى الخيرات علىٰ سرفٍ ، فهو تبذير منه ، [وإن بلغ مصلحاً للمال مقتصداً ، وزال الحجر ، ثم طرأ السَّفه ، فنذكر أنه يعود الحجرُ ، فلو طرأ إفراطٌ في صرف المال إلى الخيرات ، فلا نُعيد عليه الحجرَ بهـٰذا . وعند ذلك يقع الفرق بين

---

(١) مزيدة من (ت٢) .

(٢) ما بين المعقفين أثبتناه من (ت٢) . مكان كلمة واحدة بالأصل تعذر قراءتها ، صورتها هـٰكذا : (واحساه) .

(٣) في الأصل : في طوره .

السرف في النفقات ، وبين السرف في الخيراتِ][1] وهـٰذا علىٰ حسنه ممَّا انفرد به .

والأئمة لم يفرقوا بين حالة البلوغ ، وبين ما يطرأ من ضراوةٍ بالخيرات ، والمسألة في الإطلاق والتفصيل محتملة جدّاً .

٤٠٨١- وإذا بلغ الصبي سفيهاً ، اطرد الحجر عليه ، ووليّه بعد بلوغه سفيهاً مَنْ كان وليّه في صباه ؛ فإن السَّفه اتصل بالصبا ، فكان ذلك بمثابة تمادي الصّبا .

٤٠٨٢- وإذا زال سفهُ السفيه وبان رشدُه ، فالأصح أنه ينطلق الحجر عنه من غير حاجةٍ إلىٰ رفع القاضي وإطلاقهِ ؛ فإن استمرار الحجر لم يكن بضرب القاضي ، [فلا][2] يتوقف زواله علىٰ إطلاقه ، وإزالته .

ومن أصحابنا من قال : لا ينطلق الحجر عنه ، وإن ظهر رشدُه ، ما لم يتصل الأمر بنظر القاضي وإطلاقه ؛ فإنَّ زوال السَّفه مجتهدٌ فيه ، فيجب ربط رفع الحجر بمن إليه النّظر العام . وهـٰذا بعيد جداً .

٤٠٨٣- وممَّا يتصل بتمام القول في ذلك أن الصبيَّ لو بلغ ، ولم يظهر منه ما يخالف الرشدَ ، فالأصح أن الحجر يرتفع عنه ، ولا حاجة إلىٰ إطلاق القاضي .

وذكر بعض الأصحاب وجهاً بعيداً في هـٰذا المقام أيضاً في أن رفع الحجر يتصل بالحكم وإطلاق الحاكم . وهـٰذا بعيد جدّاً ، وهو أبعد ممَّا حكيناه فيه إذا بلغ سفيهاً ، ثم زال السفه واستمر الرشد ؛ فإنه قد يظن أن الحجر ثبت[3] بمجتهَدٍ فيه ، وهو السفه ، فيزيله المجتهد بنظره . وهـٰذا يبعد كل البعد إذا لم يثبت سفَه متصل بزوال الصبا .

٤٠٨٤- فلو بلغ الصبيُّ رشيداً ، وثبت كونُه مطلَقاً ، فعاد سفيهاً ، فلا بد من الحجر . والمذهبُ الأصح أنه لا يعود بنفسه محجوراً عليه ، بل يتوقف الحجر علىٰ ضرب القاضي ؛ فإنه ثبت استقلالُه ، وانقطاع الولاية عنه ؛ فلا سبيل إلىٰ عَوْد الحجر

(١) ما بين المعقفين ساقط من الأصل ، وأثبتناه من (ت٢) .
(٢) في الأصل : ولا .
(٣) (ت٢) : يثبت .

بأمرٍ مجتهد فيه ، من غير أن يصدر عن نظر المجتهد .

ومن أصحابنا من قال : يعود محجوراً عليه ، كما[1] عاد السفه ، ولا حاجة إلىٰ نظر القاضي ، بل عَوْدُ السفه ، وطريانُه/ بمثابة طريان الجنون . ي ٢٤٩

٤٠٨٥ـ ثم إذا كان الحجرُ يثبت بنفس السفه ، أو بضرب القاضي ، فلو طرأ الفسقُ مع استدامة الضبط في المال والضِّنةِ به ، فهل يعاد الحجر عليه لمكان الفسق ؟ المذهب أَنَّه لا يعاد ؛ ولو حجر القضاةُ على الفسقة ، لحُجر علىٰ معظم الخليقة . وكل ما يفعله الحُكّام نظراً ، فهو محتوم . ونحن نعلم أن الأولين لم يَرَوْا الحجرَ على الفسقة ، ولو رأَوْه ، لأظهروه ، ثم كان لا يخفى النقل فيه .

فخرج ممَّا ذكرناه أن طريان الفسق مع التبذير يتضمن الحجرَ ، وطريان التبذير مع الصَّلاح في الدين يوجب الحجرَ أيضاً. فأمّا الفسق المجرَّد، ففيه من الخلاف ما ذكرناه.

٤٠٨٦ـ ولئن قال قائلون : طريان التبذير يوجب الحجرَ من غير ضربٍ من جهة القاضي ، فلا ينبغي أن يُعتقدَ هـٰذا الوجهُ في الفسق المجرّد مع الضِّنة بالمال ، ويجب القطعُ بأن الحجر بالفسق المجرد ـ إن رأيناه ـ فلا مأخذ له إلا ضربُ القاضي واجتهادُه .

٤٠٨٧ـ ثم إن زال السفه الطارىء وظهر الرشدُ ، فإن قلنا : الحجر موقوف علىٰ ضربٍ ، فالانطلاق[2] عنه موقوف علىٰ قضاء القاضي . وإن قلنا : نُثبت الحجرَ من غير ضرب من جهة القاضي ، ففي زوال الحجر عند زوال السَّفه الطارىء وجهان ، كما تقدّم ذكرهما في زوال السّفه الذي كان متصلاً بالصبا .

٤٠٨٨ـ وتمام الغرض في ذلك أن الصبيّ إذا بلغ سفيهاً ، وكان يليه في صباه أبوه ، فوليّه في السفه وليُّه في الصبا بلا خلاف . وكذلك لو بلغ مجنوناً ، واتصل الجنون بالبلّوغ فيليه مجنوناً من كان يليه صبياً .

ولو بلغ عاقلاً رشيداً، ثم طرأ الجنون ، فلا شك في كون المجنون محجوراً عليه ،

---

(١) كما : بمعنىٰ عندما .

(٢) (ت٢) : فانطلاق الحجر .

واختلف أصحابنا في أن وليه القاضي ، أو الأب . فمن أصحابنا من قال : وليّه الأبُ ، كما كان يليه من قبل ، فليَلِيَه الآن . ومن أصحابنا من قال : يليه القاضي .

ولو عاد التبذير ، وقلنا : القاضي هو الضارب للحجر ، فهو الولي ، أو من ينصبه القاضي ؟ وإن قلنا : يعود الحجر من غير ضربٍ للقاضي ، ففي وليّه **وجهان** ، مرتبان على الوجهين في الجنون الطارىء . وهـٰذه الصورة أولىٰ بأن يكون القاضي ولياً فيها ؛ فإن التبذير وزواله مجتهَدٌ فيه بخلافِ الجنون .

فَرْعٌ : ٤٠٨٩ـ إذا بلغ صبيٌّ في قُطرٍ شاغرٍ عن الولاة ، وكان سفيهاً ، ولم يكن له أبٌ ولا جدٌّ ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أنه محجور عليه ، لا ينفذ تصرفه علىٰ ما سنذكر تصرفَ المحجور عليه ، ونصفه .

وحكى **الشيخ أبو علي في شرح التلخيص** وجهاً عن بعض الأصحاب أن تصرفه ينفذ إلا أن يلحقه نظرُ والٍ ، فيضرب عليه حجراً حينئذ . والسفهُ المتصل عند هـٰذا القائل بالبلوغ بمثابة السفه الطارىء على الرشد ، وقد ذكرنا أن المذهب أن من طرأ عليه السفه لا يصير محجوراً عليه من غير ضرب القاضي ونظرِه . وهـٰذا بعيدٌ .

والوجه القطع بما قدمناه من اطراد الحجر عليه ، ووقوعُه نبذةً[1] من نظر الولاةِ وهو سفيه ، كوقوعه كذلك وهو صبي .

فَرْعٌ : ٤٠٩٠ـ إذا كان البالغ رشيداً في الوجوه[2] ، بَيْد أنه كان يغبن في بعض التصرفات على الخصوص ، فهل للقاضي أن يضرب عليه حجراً خاصاً فيه ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ ليس له ذلك ؛ فإن الحجر والإطلاق يبعد اجتماعهما في حق شخصٍ/ واحدٍ .

٢٤٩ ش

والوجه الثاني ـ أنه يجوز ذلك اتباعاً للمعنىٰ .

قال **الشافعي** رضي الله عنه في توجيه جواز ذلك : قولُ رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) في الأصل : بدون نقط . ونبذةً : أي ناحية (المعجم) والمراد هنا ناحيةً بعيدة عن الحكام . وفي (ت٢) : (بيده) وهو من تصحيفاتها العجيبة .

(٢) كذا في النسختين . ولعلها في « كل الوجوه » .

لحَبّان ، وكان يغبن في البياعات « **إذا بعت ، فقل لا خلابة** »[١] يشبه أن يكون حجراً عليه ، في إلزام البيع ، وعقدِه من غير خيارٍ . وهـٰذا قاله في سياق الاحتجاج علىٰ **مالك**[٢] ؛ إذ قال : الغبن يُثبت حقَّ الفسخ ، فقال **الشافعي** : لو كان الأمر كذلك ، لما أمر حَبَّانَ بشرط الخيار ، ثم بنىٰ عليه ما ذكرناه من تبعيض الحجر .

فَصْلٌ

٤٠٩١ـ قد ذكرنا فيما تقدم السفه ومعناه ، وثبوتَ الحجر وارتفاعَه ، والتفصيلَ في اقتران السَّفه بالبلوغ ، وطريانه بعد الرشد . ومقصود هـٰذا الفصل تفصيلُ ما يصح منه ، وما لا يصح .

قال الأئمة : يصح طلاقُه ، وخلعُه وظهاره ، وإقراره بالنسب استلحاقاً ؛ فإن هـٰذه الأشياء لا تدخل تحت الحجر ، وليس المبذر كالصبي ؛ فإن الصبي مسلوبُ العبارة بالكلية ، ويصح أيضاً إقرارُه بما يوجب القصاصَ عليه .

فإن قيل : لم صححتم الخلع منه وهو تصرف مالي ؟ قلنا : إذا كان يصح منه الطلاق بلا عوض ، فلأن يصح منه الطلاق[٣] بعوض ـ وإن قلّ ـ أوْلىٰ .

وذهب الأكثرون إلىٰ أنه يصح منه قبول الهبة ، بخلاف الصبي ؛ فإنه لا عبارة له ، وسنذكر في وصيّة الصبي ، وتدبيره عبدَه قولين في كتاب الوصايا . وفي المبذر في التدبير والوصية **قولان** ، مرتبان على الصبي ، وهما بالنفوذ أوْلىٰ من المبذر ؛ فإنه من أهل العبارة .

وأمَّا بيعُه وشراؤُه ونكاحُه ، فلا يصح شيء منها ، إذا استقل واستبد بذاته .

٤٠٩٢ـ ولو أذن له الولي في عقدٍ ، وعيّنه له ، فحاصل ما قاله الأصحاب **أوجهٌ** :

---

(١) سبق تخريجه في باب الخيار في البيع .
(٢) ر. البهجة في شرح التحفة : ٢/١٠٦ـ١٠٨ .
(٣) (ت٢) : الخلع .

أحدها ـ أنها[1] تصح إذا صدرت عن إذن الولي ؛ فإنّ عبارته صحيحة ، والمحذور استقلاله .

والوجه الثاني ـ أنها لا تصح ؛ فإن عبارته مسلوبة في العقود الملزمة .

والوجه الثالث ـ أن النكاح يصح بعبارته عند الإذن ، بخلاف البيع والإجارة .

وفي نكاح المحجور تفاصيلُ مشروحةٌ في كتاب النكاح ، فليطلب منه .

فَرْعٌ : ٤٠٩٣ـ إذا اشترى المحجور شيئاً في ذمته ، من غير إذن الولي ، فالذي قطع به الأصحاب أن شراءه فاسد ، لمكان الحجر .

وحكىٰ **بعض المصنفين** وجهاً في صحةِ شرائه ، تخريجاً على الوجه الضعيف ، الذي حكيناه في شراء العبد بغير إذن مولاه . وهـٰذا ليس بشيء ؛ فإن العبد من أهل النظر ، إذا كان رشيداً ، وإنما الحجر عليه بسبب المولىٰ . فإذا كنا لا نعلِّق برقبة العبد وكسبه شيئاً من عُهدة عقده ، فلا يمتنع تصحيحُ عقده . والمبذر يُنظر له في الحجر ، وحقه مرعيٌّ[2] في الحال والمآل . وقد نَسب [3] **هـٰذا الإنسان** [3] هـٰذا الوجه إلى **الشيخ أبي حامد**[4] ، وقد تتبعت **كتب العراقيين** ، **وتعليق أبي حامدٍ** ، فلم أجد ذلك ، فالتفريع إذاً علىٰ أنه إذا اشترى المحجورُ المبذّر شيئاً ، لم يصح . فلو أقبضه البائع ما باعه ، فتلف في يده ؛ لم يلزمه الضمان . والبائع هو الذي ضيّع حقَّ نفسه .

٤٠٩٤ـ ثم قال الأئمة : لو صار السفيه رشيداً ، وانطلق الحجر عنه ، فلا يطالَب أيضاً ؛ والسبب فيه ما ذكرناه من أنّا رَاعَينا حقَّ المبذر . وحقُّه مرعيٌّ في الحجر والإطلاق ؛ وليس/ كالمفلس ؛ فإنّا قد نردّ بعضَ تصرفاته في الحجر ، ثم ننفذه إذا ٢٥٠ ي

---

(١) بتأنيث الضمير على معنى الصيغة أو العبارة.

(٢) (ت٢) : يُرعىٰ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (ت٢) .
وهـٰذا الإنسان هو الذي عبر عنه (ببعض المصنفين) آنفاً . وقد تقدم أنه يقصد به (الفوراني) ، ، فهو كثير الحط عليه ، وتضعيفه في نقله . كما قرر ذلك ابن السبكي .

(٤) الشيخ أبو حامد الإسفراييني. شيخ العراقيين .

انطلق الحجر عنه ، والسبب فيه أن المرعي حقوقُ الغرماء ، والحجر مضروب بسببهم . وقد زالت حقوقهم .

٤٠٩٥- وقال الأئمة : لو اشترى المبذر شيئاً ، وقبضه وأتلفه ، كان كما لو تلف في يده ، وإن كان لو أتلف مال أجنبي ابتداءً ، تعلق الضّمان بماله ، ولكن إذا ترتب الإتلاف على الشراء ، فسببه تسليط البائع .

قال **صاحب التقريب** : « هو غير مطالب ظاهراً ، ولكن إذا انطلق الحجر عنه ، فهل نقول : إنه وإن لم يطالب ظاهراً ، فالضمان واجبٌ عليه بينه وبين الله تعالىٰ ؟ فعلىٰ **وجهين** » .

وهو عندي هفوة ؛ فإنه لو ثبتت المطالبة باطناً ، فلا مانع من توجيهها ظاهراً . والذي ذكره فيه إذا أتلف ، وما أراه يطرُد ما حكاه فيه إذا تلفت العين في يده من غير إتلافٍ . والعلم عند الله .

فَرْعٌ : **٤٠٩٦**- إذا أقر المبذر أنه أتلف مالاً لأجنبي ، ففي قبول إقراره **قولان** : **أصحهما** ـ الرد ، كما لو أقر بدين مرسل ، أو أقر بأن عيناً من أعيان أمواله مغصوبةٌ من فلان ؛ فإنّ أقاريرَه مردودةٌ في هـٰذه الجهات .

والقول الثاني ـ أن إقراره مقبول ؛ فإن الإتلاف يتصوّر منه ، ولو جرىٰ ، لأوجب ، وكل ما يتصور ، فالإقرار به صحيح ، ممّن تصح عبارته .

والأصح الأول ؛ فإن الإقرار تعبير[1] بإنشاء مسوّغٌ في الشرع ، وإتلاف مال الغير غيرُ مسوَّغٍ . ثم كل إقرارٍ رَدَدْناه في حالة الحجر ، فلا مؤاخذة به بعد الإطلاق ، إلا أن يعيد بعده إقراراً جديداً .

فَرْعٌ : **٤٠٩٧**- ينبغي للولي أن يختبر الصبيَّ أوانَ البلوغ ، ليعلم سفهَه ورشده ، فإن كان علىٰ مرتبة السوقة والتجار ، دفع إليه مالاً وأمره بالتصرف فيه بالبيع [والشراء][2] . وإن لم يكن من هـٰؤلاء ، وكان منصبه لا يقتضي البيعَ والشراء ،

---

(١) في (ت٢) تعيين .
(٢) مزيدة من (ت٢)

فاختباره بأن يدفع إليه مالاً ، ويأمره بإنفاقه على الخدم ، ويعلم اقتصادَه وغباوتَه .

والاختبار في كل جنسٍ علىٰ ما يليق بهم . ولا حاجة إلى التطويل بالتفصيل .

٤٠٩٨ـ ثم قال الأصحاب : ينبغي أن يقع الاختبار قُبَيْل البلوغ ، حتىٰ إذا ظهر الرشد ، وقع البدار إلىٰ تسليم المال ، فإن كان الاختبار بعقد بيعٍ ، فالأصح أنه يأمر الصبيّ حتىٰ يساوم ، ويطلب ، ويماكِس ، فإذا حان العقد ورآه الوليُّ صواباً ، تولىٰ بنفسه العقدَ ؛ فإنَّ عقدَ الصبي باطلٌ . وأبعد بعضُ أصحابنا ، فصحّح عقدَ الاختبار من الطفل ، وتعلق بظاهر قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ ﴾ الآية [النساء : ٦] ولا متعلَّق فيها ؛ فإن الابتلاء مجملٌ ، لا تعرض فيه للعقد وأسبابه .

فَرْعٌ : ٤٠٩٩ـ السفيه إذا أحرم بالحج ، انعقد إحرامُه ، فإن كان الحج تطوعاً ، فلا يسلّم إليه الولي [مالاً][1] يتبلغ به . واختلف أصحابنا بعد ذلك ، فمنهم من قال : حكمه حكمُ المحصر الذي له أن يتحلل ، وقد مضى القول في الحصر . ومنهم من قال : ليس كالمحصر ، ولا سبيل إلىٰ تحليله ، وحكمه حكم معسر ، يُحرم ، وعدمُ النفقةِ لا يكون إحصَاراً .

فَرْعٌ : ٤١٠٠ـ إذا كان السفيه مِطلاقاً ، والحاجة ماسة ، فالوجه أن يشتري الولي له جاريةً ، فإنَّ عتقه لا ينفذ فيها . ومهما تبرم بها ، باعَها الولي ، واشترىٰ غيرها[2] .

* * *

---

(١) ساقطة من الأصل .

(٢) إلىٰ هنا انتهت نسخة الأصل (هـ٢) وجاء في خاتمتها ما نصه : « تمت المجلدة ، ولله الحمد والمنة . ويتلوه في المجلد الآخر إن شاء الله كتاب الصلح .

واتفق الفراغ منها في الرابع والعشرين من شهر شعبان سنة خمسٍ وستين وخمسمائة ، غفر الله للقارىء والكاتب ، والمصنف ولجميع المسلمين ، ورحم [. . . . .] آمين .



كِتَابُ الصُلْحِ[١]

٤١٠١ـ صدّر **الشافعي** رضي الله عنه الكتاب تيمناً بقول عمر رضي الله عنه ؛ إذ **قال** : « **الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً** »[٢] .

فالمحلِّل للحرام هو الصلح المورَد علىٰ عوضٍ محرم ، كالخمر والخنزير ، والمغصوب/ ، وغيرها . ١٧٧ ي

والصلح المحرِّم للحلال هو المشتمل علىٰ شرط يتضمن المنعَ من تصرفٍ مباح شرعاً ، كشرط المنع من المبيع والهبة في العوض المذكور في الصلح .

٤١٠٢ـ والوجه أن يصدَّر الكتابُ بتقسيمٍ حاوٍ يجمع صحيح الصلح وفاسدَه ، ومحلَّ الوفاق والخلاف جمعاً كلياً ، فإن شذّ عن التقاسيم شيء ، تداركناه بفرض المسائل ، ورسم الفروع .

والصلح في البحث الأوّلي ينقسم إلىٰ ما يجري بين المدعي والمدعىٰ عليه . وإلىٰ ما يجري بين أجنبي وبين المدّعي .

فأما الصلح الذي بين المدّعي والمدعىٰ عليه **قسمان**[٣] : صلح مع الإقرار ، وصلح مع الإنكار . **فأما** الصلح مع الإقرار ، **فإمّا أن** يكون عن عين ، **وإما أن** يكون عن دينٍ . فأمّا الصلح الواقع عن عينٍ ، فينقسم إلىٰ صلح معاوضة ، وإلىٰ صلح حطيطة .

---

(١) يبدأ من هنا اعتماد (ت٢) أصلاً ، بل هي النسخة الوحيدة إلىٰ آخر كتاب الحوالة .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٤ . والحديث رواه البيهقي في السنن (٦/ ٦٥)، وفي المعرفة (٤/ ٤٦٧ رقم ٣٦٥٩) موقوفاً على عمر. وقد ورد مرفوعاً من حديث أبي هريرة، رواه أبو داود، وابن حبان، والحاكم، والبيهقي، (ر. أبو داود: الأقضية، باب في الصلح، ح ٣٥٩٤، ابن حبان: ٥٠٩١، الحاكم: ٢/ ٥٠، التلخيص: ٣/ ٩٨ ح ١٢٥٩)

(٣) كدأبه بإسقاط الفاء في جواب أما .

فأمّا صلح المعاوضة الذي يشتمل علىٰ عوض سوى العين المدعاة المعترف بها .
وذلك إذا ادّعىٰ رجل علىٰ رجل داراً أو عبداً أو ثوباً ، فاعترف به ، وصدق المدعي ، ثم قال للمدعي : صالحني عن هـٰذه العين علىٰ هـٰذا ، وعين عوضاً ، أو وصفه وصفاً يُقنَعُ به في المعاوضات . فإذا أسعفه/ المدعي ، وقال : صالحتك من[1] ثوبي الذي في يدك علىٰ كذا ، فقال المدعىٰ عليه : قبلتُ ، صحت المعاملة . وهي بيعٌ على الحقيقة ، معقودة بلفظ الصلح .

ش ١٧٧

وإذا قال الفقيه : حكمه حكم البيع ، كانت عبارته مختلّة ؛ فإنه بيعٌ بنفسه ، ويتعلق به جميعُ أحكام البيع وقضايا الربا ، إن اشتمل على الربويات . والعُهَدُ المألوفة في البيع ، وأحكام الضّمان ، والردود ، ولا مزيد ؛ فقد قطعنا بأنه بيع .

قال **صاحبُ التلخيص** : الصلح في المقام الذي نحن فيه بيعٌ عُقد بلفظ الصلح .

٤١٠٣ـ ويجوز عقد الصلح بلفظ البيع إلا في شيء واحد ، وهو الصلح عن الجنايات ؛ فإن الصلح جائز عن الإبل ، وإن لم تكن على الصفات الضابطة في السلم ، ولو فرض عقد تلك المعاملة بلفظ البيع ، لم يصح .

٤١٠٤ـ قال **الشيخ أبو علي**[2] : هـٰذا الذي ذكره غير صحيح . والتفصيل فيه أن الأرش إن كان مجهولاً ، كالحكومة التي لم تقدَّر ، فلا يصح الصلح عنه ، ولا يجوز تقدير بيعه ، وإن كان الأرش معلوماً على التحقيق ، كما إذا كان دراهم أو دنانير ، صحَّ الصلح عنه ، ويصح التصرف فيه بلفظ البيع/ . وإن كان الأرش مقدراً ، ولـٰكن كان من الإبل ، والأوصافُ المرعية في الديات لا يقع الاكتفاء بها في السلم ، ففي جواز الصلح عنها **وجهان** ، اختار **صاحبُ التلخيص** أحدهما . فإن نحن صحَّحْنا الصلحَ ، لم يمتنع تصحيح المعاملة بلفظ البيع أيضاً ، وإذا لم نصحح الصلح ، فلا شك في امتناع البيع أيضاً . ثم قال **الشيخ** : إذا قلنا : موجب العمدِ القودُ المحض ، فالصلح من[3] القصاص جائز ، ولا يجوز استعمال لفظ البيع فيه .

ي ١٧٨

---

(١) كذا، وهي صحيحة . فـ (من) تأتي مرادفة لـ (عن) .

(٢) أي في شرح التلخيص ، راداً علىٰ صاحبه .

(٣) سبقت الإشارة أن (من) تأتي مرادفة لـ (عَن) .

ثم هـٰذا القسم الذي نحن فيه من الصلح يجوز أن يكون [العِوضُ][١] فيه عيناً ، ويجوز أن يكون ديناً إذا لم يكن الذي عنه الصلح مالَ رباً يقتضي العقد عليه التقابضَ في المجلس . ولا معنىٰ للإطناب بعد البيان .

هـٰذا صلح المعاوضة .

٤١٠٥ـ فأما صلح الحطيطة في هـٰذا القسم، [فتصويره][٢] أن يدعي رجلٌ علىٰ رجلٍ عيناً من الأعيان ، فيعترف المدعىٰ عليه بالملك للمدّعي ، ثم يقول : صالحني منهُ علىٰ نصفه . فإذا قال : صالحتك ، كان تقدير هـٰذا راجعاً إلىٰ هبة بعض العين من المدعىٰ عليه ، فإذا جرت المعاملة كذلك ، فقال المدعي : صالحتك من ثوبي هـٰذا علىٰ نصفه/ ، وقال المدعىٰ عليه : قبلت . ففي المسألة **وجهان** ذكرهما **الشيخ في شرح التلخيص** : **أحدهما** ـ وهو الظاهر الذي قطع به مَنْ سِواه ـ أن ذلك يصح ، ويتضمن هبةَ النصف من المدعىٰ عليه ، ويثبت له أحكام الهبات في جملة المعاني ، والقضايا . ١٧٨ ش

والوجه الثاني ـ أن هـٰذا باطل ؛ فإن الصلح متضمنه المعاوضة ، وبيع الرجل ملكه من عينٍ بنصف العين باطلٌ متناقض .

والقائل الأوَّل يقول : الصلح عبارة صالحة للمعاوضة في أوانها ، وهو مشعر بالهبة في هـٰذا المقام . والدليل عليه أَنَّ إطلاق هـٰذا اللفظ شَائعٌ في الاستعمالِ ، ولا معنىٰ له إلا ما ذكرناه . والمطلوب من الألفاظ معانيها ، وما يفهم من وضعها .

هـٰذا كله فيه إذا كان الصلح دائراً بين المدعي والمدّعىٰ عليه من عينٍ .

٤١٠٦ـ فأمَّا إذا كان الصلح عن دين ، فتصويره أن يدعي رجل علىٰ رجلٍ ديناً ، فيعترف به ، ثم يقع الصّلح فيه .

والصلح في هـٰذا القسم ينقسم إلىٰ صلح معاوضة ، وإلىٰ صلح حطيطة : **فأمَّا صلح المعاوضة** ، فهو أن يذكر أعواضاً [عن][٣] الدين المعترف به . ثم إن كان/ ذلك ١٧٩ ي

---

(١) في الأصل : «العَرْضُ» . وهو تصحيفٌ ظاهر ، والمثبت تصرّفٌ منا .
(٢) في الأصل : وتصويره .
(٣) في الأصل : «غير» ، والمثبت من تصرف المحقق .

العوض عيناً ، وسُلِّمت العين في مجلس المعاوضة ، صح الصلح علىٰ شرط الشرع ، ومتضمن الصلح مقابلة عينٍ بدين .

وإن لم يتفق تسليمُ العين في مجلس الصلح ، فهل يبطل الصلح [بالتفرق][1] ؟ فعلىٰ **وجهين مشهورين** : أقيسهما أنه لا يبطل ؛ لأنه لم يَجُرّ ما يتضمن الإقباض من أصل الربا . وليس الصلح الموصوف بيعَ دين بدين ، حتىٰ يدخل تحت نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن « بيع الكالىء بالكالىء » .

والوجه الثاني ـ أن الصلح يفسد بالتفرق قبل إقباض العين المجعولة عوضاً ؛ [وكان][2] ذلك نوعاً من الإنساء المضاهي للدينية .

وهـٰذا الوجه وإن كان مشهوراً ، فالأصح الأول .

ولو كان العوض المذكور عن الدين المعترف به ديناً ، ثم فرضت المفارقة قبل الإقباض ، فلا شك في بطلان الصلح ؛ فإنه اشتمل علىٰ مقابلةِ الدين بالدين ، وهو المنهي عنه نصّاً . ولو ذكر العِوض موصوفاً ديناً ، ثم أُحضر في المجلس وسُلّم ، جاز ؛ فإن هـٰذا لا يمتنع في عقد الصرف ، فكيف يمتنع في غيره .

هـٰذا كله في صلح المعاوضة عن الدينِ .

ش ١٧٩ **٤١٠٧ـ** فأمّا صلح الحطيطة في الدين ، فصورته أن يقول المدّعى/ عليه المعترف بالألف للمدّعي : صالحني عن الألف الذي لك علىٰ خمسمائة ، فإذا قال : صالحتك ، وقبل المستدعي ، أو جعلنا الاستدعاء كافياً ، ففي المسألة **وجهان** : **أظهرهما** ـ أن ذلك يصحُّ ، ومتضمنه الإبراء عن خمسمائة .

والوجه الثاني ـ حكاه **الشيخ أبو علي** أن ذلك باطل ، والألف باقٍ بكماله ؛ فإن صيغة اللفظ المعاوضة ، وهي مناقضة لمعنى الإبراء .

٤١٠٨ـ فإن فرعنا على الأصح ، وهو أن ذلك إبراء ، فلو ابتدأ المدعي ، وقال : صالحتك من الألف علىٰ خمسمائة ، فهل يكفي ذلك في حصول البراءة ؟ أم لا بدّ من

---

(١) في الأصل : «بالإقرار» . والمثبت من عمل المحقق .
(٢) في الأصل : «كان» . [بدون واو] .

القبول يقدّم عليه . إن الإبراء إذا استعمل لفظه ، نفذ ، ولا حاجة إلىٰ قبول المبرأ عنه ، على الأصح .

وفي المسألة وجه بعيد أنه لا بدّ من القبول .

فإن فرعنا على الأصحّ وهو أنه لا حاجة إلى القبول إذا استعمل لفظ الإبراء ، فهل يشترط القبول إذا كان المستعمل لفظ الصلح ؟ **فعلىٰ وجهين** . وهـٰذا يناظر ما لو قال مستحق الدين لمن عليه دين : وهبت مالي من الدين منك ، فهـٰذا إذا نفذ ، معناهُ الإبراء . وفي اشتراط/ لفظ القبول **وجهان** : **أحدهما** ـ لا يشترط كلفظ الإبراء . ١٨٠ ي **والثاني** ـ يشترط ؛ لأن اللفظ معناه التمليك ، فيستدعي في وضعه القبول .

٤١٠٩ ـ وإذا كان المدعَى المعترف به عيناً ، وفرضنا صلح الحطيطة فيه ، بأن يقول المدّعي : صالحتك من ثوبي هـٰذا علىٰ نصفه ، فإذا صححنا ذلك علىٰ معنى الهبة ، فلا شك في اشتراط القبول ؛ فإن الهبة في معناها تفتقر إلى القبول ، بخلاف الإبراء . وهـٰذا واضح .

٤١١٠ ـ ولو كان الصلح عن دين وهو ألف مثلاً ، فأحضر المدعىٰ عليه خمسمائة ، فقال المدعي : صالحتك من الألف علىٰ هـٰذه الخمسمائة . والتفريع علىٰ أنه لو قال : صالحتك عن الألف علىٰ خمسمائة من غير تعيين ، كان إبراءً عن الخمسمائة ، فعلىٰ هـٰذا إذا أشار إلى الخمسمائة المعينة ، وقال : صالحتك من الألف الذي لي عليك علىٰ هـٰذه الخمسمائة ، فالأصح أن هـٰذه المعاملة فاسدة ؛ والألفُ باقٍ ؛ فإن اللفظ الذي جاء به مع التعيين صريح في عرض المعاوضة ، وبيعُ الألف بخمسمائة باطل .

وقيل : يجوز . والمقصود الإبراء عن خمسمائة/ ، ثم تيك الخمسمائة المعينة ١٨٠ ش لا تتعين عند هـٰذا الإنسان إلا باتفاق تسليمها إليه ؛ إذ لو تعينت ، لكان عوضاً .

ولا خلاف أنه لو قال : بعتك الألفَ الذي لي عليك بهـٰذه الخمسمائة ، فالبيع باطل ، والألف باقٍ بكماله .

وكل ما ذكرناه فيه في الصلح الواقع من المدعي والمدعىٰ عليه ، مع الإقرار .

٤١١١ـ وأمَّا الصلح بينهما مع [إنكار][١] المدّعىٰ عليه ، فلا يخلو إما أن يكون علىٰ عوضٍ غير المدعىٰ ، وإما أن يكون علىٰ بعض المدعىٰ .

فإن كان الصلح بشيء غيرِ المدعىٰ مع الإصرار على الإنكار، فالصلح باطل عندنا، خلافاً **لأبي حنيفة**[٢] . ولا بد من تصوير محل الخلاف ، والتنبيه علىٰ تمام البيان .

فإن قال المدعىٰ عليه ، والمدعَىٰ ثوب ، أو ألفُ درهم للمدعي : صالحني عن دعواك بكذا من الدراهم ، أو بهـٰذا الثوب ، فهـٰذا هو الصلح على الإنكار في حقيقته . وهو باطل عندنا .

ولو قال المدعىٰ عليه بعد الإنكار : صالحني بكذا ، أو بهـٰذا ، فقال المدعي : صالحتك ، فهو باطل ، وهو من صور الصلح على الإنكار .

ي ١٨١ ولو قال المدعىٰ عليه/ بعد الإنكار السابق : [٣] صالحني عن هـٰذه الدار علىٰ كذا ، ففي المسألة وجهان : **أحدهما** ـ أن هـٰذا صلح على الإنكار ، وهو باطل . **والثاني** ـ أنّه إذا أضاف الصلح إلى العين المدعاة ، كان ذلك إقراراً منه بالملك فيها للمدّعي ؛ فإن الصلح ـ حيث يصح ـ كالبيع ، وإضافة البيع إلىٰ تلك العين إقرار بها ، فليكن إضافة الصلح إليها بهـٰذه المثابة . والقائل الأول يقول : البيع صريح في اقتضاء إثبات الملك لمن هو في منزلة البائع ، ولفظ الصلح قد يستعمل في اللَّبس والاختلاط ، ومحاولة الخلاص .

وما ذكرناه فيه إذا جرى الصلح مع الإنكار علىٰ غير العين المدعاة .

٤١١٢ـ وأمَّا إذا جرى الصلح علىٰ بعض المدعىٰ ، مع تصوير الإمكان ، فلا يخلو المدعَىٰ إمّا أن يكون عيناً ، وإما أن يكون ديناً ، فإن كان عيناً ، [كأن][٤] كان المدعىٰ

---

(١) في الأصل : الإنكار .

(٢) ر . مختصر الطحاوي : ٩٨ ، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ : ٤٣ ، مختصر اختلاف العلماء : ٤/ ١٩٥ مسألة : ١٨٨٧ .

(٣) في الأصل خللٌ في هـٰذه العبارة ، بإقحام بعض الألفاظ . هـٰكذا : . . بعد الإنكار السابق ، ولو قال صالحني عن هـٰذه الدار . . (راجع المسألة في الروضة : ٤/ ١٩٨) .

(٤) في الأصل : بأن .

ثوباً ، فأنكر ، ثم قال : صالحني علىٰ نصفه ، ففي المسألة **وجهان مشهوران** : **أحدهما** ـ لا يجوز ذلك ويلغو[١] ، والصلح صلحُ إنكار ، فيُقضَىٰ بفساده .

والوجه الثاني ـ يجوز ، ويجعل كأنه وهب منه نصف المدّعىٰ .

وفي الحقيقة إذا صالحه على النصف وسلمه إليه ، فقد/ اتفقا على استحقاقه فيه ، غير أنهما اختلفا في جهة الاستحقاق : فالمدعي يزعم أنه يستحقه بحكم الملك ، والمدعىٰ عليه يقول : بل بحكم الهبة . ١٨١ ش

٤١١٣ـ ولو كان المدعىٰ ديناً ، فأنكره المدعىٰ عليه ، ثم صالحه المدعي علىٰ خمسمائة[٢] ، نُظر : فإن صالح علىٰ خمسمائة في الذمة ، لم يجز الصلح . وإن وقع تعيينُ الخمسمائة وإقباضُها ؛ فإن المدعىٰ عليه يزعم أنه وَهَب من[٣] المدعي خمسمائةٍ ، وإيراد الهبة على الذمة باطل . ولو قال رجل لآخر وهبتُ منك ألف درهم ، ثم حصله وأقبضه إياه ، لم يصح ذلك .

ولو أحضر المدعىٰ عليه خمسمائة ، فقال المدعي : صالحتك علىٰ هـٰذه الخمسمائة ، فهـٰذا يترتب علىٰ ما قدمناه فيه إذا كان المدعىٰ عيناً ، فإن حكمنا ببطلان الصلح في العين ، فلأن يبطل الصلح في الصورة التي انتهينا إليها أولىٰ ، وإن حكمنا بأن الصلح من العين علىٰ بعضها صحيح محمول على الهبة، فإذا جرى الصلح من ألف علىٰ خمسمائةٍ معينة ، ففي هـٰذا الصلح **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يصح ، وهو محمول علىٰ هبة الخمسمائة الحاضرة ، وما ذكرناه في تقدير هبة بعض العين إذا كان/ المدّعىٰ عيناً والصلح علىٰ بعضها . ١٨٢ ي

ومنهم من قال : لا يصح . والفرق أن الصلح من العين علىٰ بعضها ليس في معناه شَوْبُ معاوضة ، والصلح من ألف في الذمة علىٰ خمسمائةٍ حاضرةٍ منقودةٍ فيه معنى المعاوضة ، فكان حريّاً بالبطلان ، مع قيام الإنكار ، ومقابلة الألف بالخمسمائة .

---

(١) أي يقع الكلام لغواً ، لا أثر له .

(٢) أي والمدعىٰ ألف ، كما هو مفهوم من السياق ، والأمثلة قبلُ .

(٣) أي وهب له ، كما هو معروف من لغة الفقهاء .

وكل ما ذكرناه في جريان الصلح بين المدعي والمدعىٰ عليه مع الإقرار والإنكار .

٤١١٤ـ **فأما إذا جرى الصلح بين المدّعي والأجنبي** ، لا يخلو[١] إمّا أن يكون مع إقرار المدعىٰ عليه ، وإمّا أن يكون مع إنكاره . فإن كان مع إقراره ، لم يخل إما أن يكون المدعىٰ ديناً ، أو عيناً . فإن كان عيناً [كأن][٢] ادّعىٰ عليه ثوباً ، فأقر به ، فتقدم أجنبي إلى المدعي ليصالح ، ففي ذلك **مسائل** : **إحداها** ـ أن يقول : وكلني المدعىٰ عليه لأصالحك عنه له علىٰ كذا ، فيجوز هـٰذا ، والأجنبي وكيل بالشراء .

والمسألة الثانية : أن يقول : أصالحك عنه لنفسي علىٰ كذا ، فأجابه المدّعي ، والأجنبي [كأنه][٣] يقصد [الشراء][٤] لنفسه . قال الأصحاب : ذلك صحيح ، وقد اشترىٰ عيناً من مالكها .

ش ١٨٢ وكان **شيخي** يتردّد في ذلك تردُّداً يؤول إلى اللفظ . ويقول/ : أولاً في غير صور المنازعة والدعوىٰ ، إذا تقدّم رجل إلىٰ مالك عينٍ ، وقال : صالحني عن ثوبك هـٰذا بدينارٍ ، فقال : صالحتك . فهل يكونُ ذلك شراءً صحيحاً ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ يصح . **والثاني** ـ لا ينعقد البيع ؛ فإنّ الصلح من غير تقدم منازعةٍ غيرُ مستعمل . ولو تقدمت دعوىٰ في مفصل خصومة ترتب عليها إقرارٌ ، فقال المدعىٰ عليه : صالحني علىٰ كذا ، صح ، ولو قال أجنبي للمدعي : صالحني علىٰ كذا ، وقصد أن يملك لنفسه ، وقد ثبت ملك المدعي بإقرار المدَّعىٰ عليه ، ففي صحة ذلك **وجهان** مرتبان علىٰ ما لو جرى الصلح من غير نزاع أصلاً ، وهـٰذه الصورة أولىٰ بالصحّة ؛ فإن لفظ الصلح ترتب علىٰ صورة دعوىٰ وجواب ، وإن لم تتعلق الدعوىٰ بالأجنبي[٥] المصالح .

---

(١) لا يخلو : بدون الفاء في جواب (أما) كدأب إمامنا .
(٢) في الأصل : كأنه .
(٣) في الأصل : كان .
(٤) مزيدة لرعاية السياق .
(٥) إلىٰ هنا كلام الشيخ أبي محمد . وانظر : الشرح الكبير : ١٠/ ٢٠٤ بهامش المجموع .

٤١١٥ـ ولو تقدم الأجنبي إلى المدعي ، وقال : أصالحك عن العين المدَّعىٰ عليه بكذا ، وما كان وكله المدعىٰ عليه[1] المقر ، فأجابه المدّعي ، فلا يقع الملك للمدّعىٰ عليه المقر ، تفريعاً على المذهب الظّاهر في منع وقف العقود ، كما فصلناه في كتاب البيع . وإذا لم يقع الملك للمقر المدّعَىٰ عليه ، فهل يقع[2]/ [للأجنبي ؟ في وقوعه ١٨٣ ي وجهان يجريان في كل من اشترى لغيره شيئاً من غير توكيل، فلا يقع لغيره، وفي وقوعه للعاقد وجهان، هـٰذا إذا صرح بالإضافة، فإن أضمرها، فلا خلاف في الوقوع للعاقد، ولوقبل النكاح لمن لم يوكله، لم يقع لواحد منهما اتفاقاً.

أما إذا قال: وكلني لأصالح له بثوبي أو عبدي، ففي وقوعه عن الموكل وجهان يجريان في التوكيل كذلك، من غير نزاع، فإن لم نوقعه للموكل، ففي وقوعه للوكيل الوجهان، وإن أوقعناه للموكل فنقول:][3] هل الثوبُ موهوبٌ أو مقرض ؟ فعلى الوجهين السابقين . **والثاني** ـ لا يقع للمدَّعىٰ عليه ، فعلىٰ هـٰذا لا يقع للأجنبي المُصالح أيضاً ، تفريعاً علىٰ بُطلان شراء الدين في ذمة الغير . وهـٰذا بخلافِ العين؛ فإن شراء العين جائز . هـٰذا منتهى الكلام في صلح الأجنبي ، مع إقرار المدعىٰ عليه ، عيناً كان المدعىٰ ، أو ديناً .

٤١١٦ـ فأما الصلح من الأجنبي مع إنكار المدعىٰ عليه ، فينقسم إلى العين والدين ، فإن كان في العين [كأن][4] ادّعىٰ عليه ثوباً ، وأنكر ، فجاء أجنبي ليصالح ، ففي ذلك **مسائل** : **إحداها** ـ أن يقول : أقر المدّعىٰ عليه عندي ، ووكلني لأصالحك عنه علىٰ مالٍ ، فهـٰذا جائز ، لا امتناع فيه بوجهٍ .

---

(١) وهـٰذا ما يسمىٰ شراء الفضولي . (الروضة : ٤/ ٢٠٠) .

(٢) هنا خرم مقداره ورقة (لقطة) كاملة يمين وشمال ، لم تصوّر من الأصل ، وهي ظهر الورقة ١٨٢ ، ووجه الورقة ١٨٣ . وللأسف العمل هنا عن نسخة وحيدة ، لا مجال لتدارك خرومها . والله المستعان . (هـٰذا، وقد سعينا كلَّ السعي لدى الخزانة التي تملك أصل المخطوطة، لتصوير هـٰذه الورقة، فجاءنا الردّ: إنها ساقطة من الأصل).
وسنحاول أن نسدّ هـٰذا الخرم من مختصر النهاية للعز بن عبد السلام.

(٣) انتهى المنقول من مختصر النهاية.

(٤) في الأصل : كأنه .

وفي المسألة غائلة ، لا بد من التنبيه لها ، وهي أنا لو سمعنا المدعىٰ عليه يُعيد الإنكار بعد ما ادّعى الأجنبي أنه وكيله ، فإعادة الإنكار منه عزلٌ له ، فتنقطع الوكالة ، ولو لم يُعِدْ إنكاراً بعد الإنكار الأول ، فالأمرُ علىٰ ما ذكرناه حينئذ .

٤١١٧ـ ومن مسائل هـٰذا القسم أن يقول الأجنبي : قد أقر المدّعىٰ عليه عندي بعد إنكاره ، وأنا أصالحك عنه لنفسي علىٰ كذا ، فقد قال طوائف من/ أصحابنا : يصحّ هـٰذا العقد . فإنّا نبني صحة العقد على الصيغة الدائرة بين المتعاقدين ، وهما متقارّان ، وصورة العقد مبنيّة على التقارّ . وهـٰؤلاء يشترطون لا محالة أن يكون المشتري قادراً على انتزاع تلك العين من يد المدعىٰ عليه . ولو قال الأجنبي : أنا قادر على الانتزاع من يده ، بُني العقدُ علىٰ حكم قوله في الظاهر ، وحُكم بصحته .

ش ١٨٣

وكان **شيخي أبو محمّد** يطلق القول بأن الصلح في هـٰذه الصورة لا يصح علىٰ هـٰذا الوجه ؛ فإن ظاهر الشرع قاضٍ بثبوت الملك للمدعىٰ عليه ، وابتياعُ ملكه المحكومُ به من غير إذنه لا يصح .

[والوجه التفصيلُ عندنا، بأن][1] يقال : إن كان الأجنبي صادقاً بينه وبين الله تعالىٰ ، حُكم بصحة العقد باطناً قطعاً . ولـٰكن . لو قيل : يُحكم[2] بصحة العقد ظاهراً ، علىٰ معنىٰ أن تزال يدُ المدعىٰ عليه ، من غير تَثبتٍ ، فهـٰذا لا وجه له ، ولا سبيل إليه .

وإن قيل : هل يطالِب المدّعي الأجنبيَّ المصالحَ بالثمن الذي التزمه بناء علىٰ قوله والتزامه ؟ فالوجه القطع بأنه يطالبه ، ويؤاخذه بحكم قوله .

وإن كان المدّعي كاذباً في علم الله تعالىٰ ، فالعقد باطل باطناً ، وفي/ مؤاخذة الأجنبي بالظاهر بناء علىٰ قوله والتزامه ـ الذي ذكرناه[3] .

ي ١٨٤

وما ذكرهُ **شيخي** له اتجاهٌ ؛ فإن انتزاع تلك العين من يَدِ المدّعىٰ عليه ممنوع شرعاً ،

---

(١) في الأصل : والوجه في التفصيل عندنا أن .

(٢) في الأصل : هل يحكم .

(٣) أي الوجهان . كما صرح بنقله الرافعي ، في الشرح الكبير : ١٠/ ٣٠٥ بهامش المجموع .

لا يعارضه إقرار الأجنبي بالاقتدار على[١] الانتزاع .

هـٰذا منتهى الكلام .

والوجه مَا ذكرناه من التعرض للظاهر والباطن .

٤١١٨ـ ومن المسائل أن يقول الأجنبي : لم يُقرّ المدعىٰ عليه عندي ، لـٰكني أعلم أنك محق ، فأصالحك لنفسي ، فهـٰذا [بزعم][٢] هـٰذا الأجنبي شراء المغصوب ، والتفصيل فيه كالتفصيل ، في المسألة المقدمة[٣] .

٤١١٩ـ ومن المسائل أن يقول : لم يقر المدعىٰ عليه ، لـٰكني أعلم أنك محق ، فأصالحك للمدعىٰ عليه لقطع الخصومة ، وتخليص العين للمدّعىٰ عليه ، ففي المسألة **وجهان مشهوران** : **أظهرهما** ـ أن ذلك ممتنع ؛ فإنه موقعٌ الصلحَ لمنكرٍ ، والمدّعىٰ عين من الأعيان .

والثاني ـ يصح العقد ؛ لأن الأجنبي والمدعي متقاران بينهما[٤] ، وهو يبغي تنزيه العين عن دعوى المدعي ، فكان كما لو سعىٰ في تبرئة ذمته عن دين، وهـٰذا رديء جدّاً ، ولـٰكنه مشهورٌ في الحكاية .

٤١٢٠ـ ومن المسائل أن يقول : أقر عندي/ وأنا الآن أصالحك له ، وما وكلني ، فلا يقع للمدعىٰ عليه بلا خلافٍ ؛ فإنه يزعم أنه أقر باطناً ، فليس متمادياً علىٰ إنكاره ، فلا بد من التوكيل من جهته ، ولـٰكن إذا لم يقع عن المدّعىٰ عليه ، فهل يقع عن الأجنبي فعلى الوجهين المذكورين في نظائر هـٰذا . ١٨٤ ش

ولو قال الأجنبي[٥] : أعلمك مبطلاً ، ولـٰكني أصالح لقطع الخصومة ، فهـٰذا

---

(١) بمعنىٰ أن كون الانتزاع ممنوع منه شرعاً ، يجعله كالعجز عنه حسّاً .

(٢) في الأصل : (برغم) ومعنى العبارة : « فهـٰذه الصورة حكمها حكمُ شراء العين المغصوبة ، إذا اشتراها غير الغاصب » وانظر الشرح الكبير للرافعي : ١٠/ ٣٠٥ بهامش المجموع .

(٣) أي في قضية القدرة على الانتزاع .

(٤) «والاعتبار في شرائط العقد بمن يباشر العقد». قاله الرافعي (ر. الشرح الكبير ـ بهامش المجموع ـ: ١٠/ ٣٠٥).

(٥) أي للمدّعي .

باطل ؛ فإن الصلح علىٰ هٰذه الصيغة مع المدعىٰ عليه لا يصح ؛ لأنه على الإنكار ، [فكذلك][(١)] لا يصح مع الأجنبي .

وكل ما ذكرناه والمدّعىٰ عين .

٤١٢١ـ فأمّا إذا كان المدعىٰ ديناً ، وقد أنكره المدعىٰ عليه ، فجاء أجنبي ليصالح ، نُظر : فإن قال : أقر عندي ، ووكلني لأصالح له ، فجائز علىٰ نحو ما ذكرناه في العين ، وقد تقدم .

وإن قال : أصالح لنفسي ، فهو شراء الدين ، وتفريعنا على الحكم ببطلانه .

وإن قال الأجنبي : أعلمك مبطلاً ولٰكني أصالحك لقطع الخصومة ، فهٰذا باطل ، وهو صلح على الإنكار .

وإن قال: لم يقر ، وأعلمك محقاً ، ولٰكني أصالح للمدعىٰ عليه ، فالأظهرُ أنه جائز ؛ لأنه قضاء دين الغير دون إذنه ، وقضاء الدين لا يقف علىٰ إذن المقضي/ عنه ، بخلاف العين ؛ لأن تملك العين بغير إذنه وقبوله غيرُ متجه ، وقيل : لا يصح هٰذا في الدين ، وهو بعيد . ي ١٨٥

٤١٢٢ـ وفي هٰذا الفصل مزيد تفصيل يستدعي تقديم مقدّمةٍ ، هي مقصودة في نفسها : وهي أن من عليه الدين إذا قال لإنسانٍ : أدِّ ديني ، فإن أدى المأمور جنسَ الدين ، جاز . وإن أدىٰ [عِوضاً][(٢)] ، ففي المسألة وجهان : **أظهرهما ـ** أنه يجوز كما لو أعطىٰ جنس الحق . **والثاني ـ** لا يجوز ؛ لأنه يعطيه علىٰ سبيل العوض ، ومبنىٰ ما يعطيه المرء عوضاً أن يقابله [تملك][(٣)] شيء من جهة باذل العوض ، وليس الأمر كذلك .

ولو ضمن رجل مالاً ، فأعطىٰ عوضاً إلى المضمون له ، وقع الموقع وجهاً واحداً ؛ لأن الضّامن التزم المال بالضمان ، فصار أصلاً في الالتزام ، فما يعطيه يعطيه

---

(١) في الأصل : وكذلك .
(٢) في الأصل : عَرْضاً .
(٣) في الأصل : مملك .

فيما عليه ، ويُسلّم له في مقابلة براءته . فإن قلنا : بظاهر المذهب في جواز بذل العوض ، أو وضعنا الكلام في الضّامن الذي يملك الرجوع على المضمون عنه ، والتصوير في المأمور بأداء الدين فيه إذا كان يملك الرجوع ، وإن كان العوض المبذول قيمته مثل الدين ، رجع به . وإن كان أكثر/ من الدين ، لم يرجع بالزائد . وإن كان ١٨٥ ش أقلَّ من الدين ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أنه يرجعُ بقدر قيمته اعتباراً بما غرم . **والثاني** ـ بقدر الدين ؛ اعتباراً بما سقط ، وسنقرر هـٰذا الأصل في كتاب الضمان إن شاء الله تعالىٰ .

٤١٢٣ـ فإذا ثبتت هـٰذه المقدمة ، فإذا جاء الأجنبي في صورة الصلح ، وقال للمدعي : أعلمك محقاً ، وأريد أن أصالح المدعىٰ عليه ، وما أقر عندي ، وما وكلني ، فإن بذل الأجنبي جنس الدين ، فالظاهر الصحة ، وفيه الوجه الضعيف . وإن بذل عوضاً ، [والتفريع][(١)] علىٰ أن بذل جنس الدين صحيح ، ففي بذل العوض وصحته من الخلاف ما ذكرناه فيه إذا قال من عليهِ الدين : « أدّ ديني » ، فبذل المأمور عوضاً .

فَصْلٌ

يحوي مسائل من الصُّلح مع الإقرار ، والمدَّعَى المَقَرُّ به دينٌ

٤١٢٤ـ فلو استحق الرجل ألف درهم مؤجّلاً ، وصالح علىٰ ألف حالٍّ ، فهـٰذا إسقاط الأجل عن الدين . ولا يسقط الأجل عن الدين . نعم ، لو عجَّل من عليه الدينُ المُؤجَّلُ الدينَ ، وقبله مستحق الدين ، وقع الموقع . وإنّما الذي ذكرناه في أن هـٰذا الصلح لفظٌ لا يوجب سقوط الأجل .

ولو كان/ الألفُ حالاً ، فقال صالحتُ علىٰ ألفٍ مؤجَّل ، فهـٰذا ليس بشيء ، وهو ١٨٦ ي على الحقيقة إلحاق الأجل بالدين ، والأجل لا يلتحق بالدين .

---

(١) في الأصل : فالتفريع .

فلو صالح من ألفٍ مؤجَّل علىٰ خمسمائة حالّ ، لم يجز ، لأنه طلب الحلول ، ورأى المقدار الذي ذكره حالاً أولىٰ عنده من الألف المؤجّل ، فكان ذلك علىٰ حقيقة المعاوضة . ومقابلةُ الألف بالخمسمائة باطل .

ولو قال : صالحت من ألفٍ حالٍّ علىٰ خمسمائة مؤجلة ، فمعنى الكلام الإبراء عن خمسمائة ، وإلحاق الأجل بالخمسمائة الباقية . وليس في هـٰذا الكلام معنى المعاوضة ، وطلب مقصود يُطلب بالمعاوضة ، فالوجْه أن نقول : الإبراء صحيح عن خمسمائةٍ ، وخمسمائة ثابتةٌ علىٰ حلولها ، وذِكْره الأجلَ وعدٌ بالتأخير ، فلا يلزمه الوفاء بهِ .

٤١٢٥- ولو صالحهُ من ألف صحاحٍ علىٰ ألفٍ مُكسّرة ، فهـٰذا وعد جميل ، من جهة صاحب الحق ، لا يجبُ الوفاء به . نعم ، لو قبض المكسر مسامحاً ، وقع الموقع .

ولو صالح من ألفٍ مُكسّرٍ علىٰ خمسمائة صحاحٍ ، لم يصح الإبراء عن شيء ؛ فإن ذلك صيغة المعاوضة ؛ إذ الصحة صفة مقصودة في الخمسمائة ، فكأنه قابل الألفَ المكسّرَ بالخمسمائة/ الصحاح ، فيبطل العقد لا محالة . ش ١٨٦

ولو صالح من ألفٍ صحاح علىٰ خمسمائة مكسرة ، فليس في هـٰذا ثبوت المعاوضة ، فالوجه تصحيح الإبراء في الخمسمائة ، والخمسمائة الباقية علىٰ صحتها ، وذكر المكسرة وعد جميل منه .

ولو استحق علىٰ رجلٍ ألفَ درهم وخمسين ديناراً ، فصالحه منها علىٰ ألفي درهم ، فقد قال معظم الأصحاب: يجوز ، ونجعله في أحد الألفين مستوفياً الألف الذي له ، والثاني في مقابلة الدنانير ، وهـٰذا متجه حسن .

قال **القاضي** : الصحيح عندي فساد هـٰذه المعاملة ، وحمل الأمر علىٰ بيع ألف درهم وخمسين ديناراً ، بألفي درهم .

والأوجهُ عندي ما ذكر الأصحاب ؛ فإن الألف في مقابلة الألف استيفاءً ، ولا يجوز تقدير البيع فيه ، ولو قال مستحق الألف : بعتك الألف الذي عليك بهـٰذا

الألف الحاضر ، فالذي جاء به ليس بيعاً ، وإنما هو استيفاء . وإذا اتضح ذلك ، فالوجه حمل أحد الألفين على استيفاء الألف الذي كان ديناً ، فتتجرد المعاوضة في الألف الأخير والدنانير ، وذاك لا امتناع فيه .

فَصْلٌ

يحوي مسائل مقصودة/ في المذهب أَلزمَها أصحابُ أبي حنيفة في تصحيح صلح الإنكار

١٨٧ ي

منها :

٤١٢٦ـ أن الرجل إذا طلق إحدى امرأتيه لا بعينها ، ومات قبل التعيين ، نوقف بينهما ميراثَ زوجة ، فإن اصطلحتا على اقتسام الموقوف نصفين ، أو علىٰ نسبةٍ ، فقد أجاز الأصحابُ ذلك ، فاستمسك أصحابُ أبي حنيفة بالمسألة[1] ، وقالوا : هما متناكرتان : كل واحدة تدعي أنها زوجته ، وأن صاحبتها محرومة ، فالذي جرىٰ من الصلح صلح مع تقرير الإصرار على التناكر .

وهـٰذا الذي ذكروه في الإلزام باطلٌ ، واقتسامٌ على التراضي صحيح . وما ذكروه من التناكر لا حقيقة له ؛ فإنهما لو أنصفتا ، لاعترفتا بالإشكال ؛ إذ ليست إحداهما مختصة بنوع من البيان دون صاحبتها ، فليس بينهما تناكر .

ولو فرضنا تناكراً ، فلا محمل له إلا أن تدعي كل واحدة أنها اطلعت علىٰ بيانٍ في أنها الزوجة . فإن كان كذلك ، فالصلح مع الإنكار علىٰ نعت الحطيطة . وقد ذكرنا أن صلح الحطيطة هل يحمل على الهبة أم لا ؟ وفيه الخلاف المقدّم . وإن اعترفتا بالإشكال ، فالقسمة على التراضي صحيحة .

---

(١) ر . بدائع الصنائع : ٦/ ٤٠ ، مختصر الطحاوي : ٩٨ ، اختلاف أبي حنيفة ، وابن أبي ليلىٰ : ٤٣ ، رؤوس المسائل : ٣١٥ مسألة : ٢٠١ ، طريقة الخلاف : ٤٢٨ مسألة : ٢٦ ، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف : ٣٧٢ ، وانظر أيضاً : الاصطلام : ٤/ ٣٣٦ .

فإن قيل : كيف صححتم المعاملة مع الجهل ؟ قلنا : إذا انحسم البيان ، وتعذر وقف المال إلى/ غير نهايةٍ ، فالشرع يحتمل الجهالةَ في مثل هـٰذه الصورة ، ولا وجه إلا احتمالها . ش ١٨٧

٤١٢٧ـ ولو صالحت إحداهما الأخرىٰ علىٰ عينٍ أخرىٰ سوى الموقوف بينهما ، فقد قال الأصحابُ هـٰذا باطل ، مع الاعتراف بالإشكال ، فإنه استبدال مالٍ هو ملك من يبذل ، في مقابلة ما لا يعلم كونه ملكاً له . وليس كما لو اقتسما ذلك الموقوف ؛ فإن كل واحدة تقول : إن كنت أنا الزوج ، فالحاصل في يدي ملكٌ لي ، والباقي أيضاً ملكٌ لي ، وإن لم أكن زوجة ، فالحاصل في يدي موهوب مني من صاحبتي ، وهـٰذا لا يمكن اعتقاده ، وقد بُذل عوضٌ آخر سوى الموقوف .

٤١٢٨ـ ومما أَلْزَموه ما إذا أسلم الرجل عن أكثر من أربع نسوة : فكنَّ خمساً ، أو ستاً ، ومات الزوج قبل البيان . فإنا نقف بينهن ميراثَ زوجة . ثم الكلام في الاصطلاح علىٰ حسب ما ذكرنا إلزاماً وجواباً .

٤١٢٩ـ ولو ادعىٰ رجلان داراً في يد إنسان ، كل واحد يدعي تمامها لنفسه ، فقال المدعىٰ عليه : الدار لأحدكما ، ولم يبيّن ، ومات ، وعسر تلقي البيان منه ، فلو اصطلحا ، واقتسما الدار ، صح . وهـٰذا فيه فضلُ نظر ؛ فإنهما ما بنيا الأمرَ على الاعتراف بالإشكالِ ، بل كل واحد/ ادعى الانفراد بالملك في جميع الدار ، فكان هـٰذا نظيراً لما إذا ادّعت المرأتان ـ وقد وقعت طلقةٌ مبهمةٌ بينهما ـ العلمَ بحقيقة الحال ، فكانت كل واحدة تدعي : إني معينةٌ للزوجية . وقد ذكرنا أن الصلح في هـٰذه الصورة ، صلحُ حطيطة على الإنكار ، فالقول في المدعيين يحل هـٰذا المحل . ي ١٨٨

فصل

قال : « فإن صالح رجل أخاه من موروثه . . . إلىٰ آخره »(١) .

٤١٣٠ـ إذا صالح واحد من الورثة الباقين(٢) عن حصةٍ من التركة ، وهي أعيان ، فهـٰذا [منه](٣) بيعُ حصّته بعوض ، فحكمُه حكمُ البيع في كل معنىً ، فقد يدخل فيه أحكام الصَّرف ، وتفريق الصفقة ، والقطع بالبُطلان في المجهول ، والعبد الآبق . ولا حاجة إلى البيان في الواضحات .

٤١٣١ـ ولو كانت التركة بين اثنين مثلاً ، وكانت عشرةَ دنانير ، وأقمشةً ، فصالح أحدهما صاحبَه علىٰ عشرة ، نقل **القاضي** عن الأصحاب جوازَ ذلك ، وحكىٰ عنهم أن ذلك استيفاءُ حصته من الدنانير ، واعتياضٌ فيما زاد علىٰ حصته من الدنانير عن حصته من الأقمشة .

ثم قال **القاضي** : والذي عندي أنه لا يجوز ، فإنه مقابلة دنانير بدنانير .

وهـٰذا الذي ذكروه(٤) كلام مختلط . والوجهُ أن/ يقال : إن أحضر الدنانير سوىٰ ١٨٨ ش دنانير التركة ، فالبيع باطل قطعاً ، ولا يجوز تقدير خلافٍ في هـٰذه الصُّورة من الأصحاب . وإن سُلمت الدنانيرُ التي في التركة إلىٰ أحد الوارثَيْن ، واكتفىٰ بها ، فالوجه القطع بجوازها ؛ فإنه يكون مستوفياً لحقه من العشرة ، وأخذ [باقي](٥) العشرة عوضاً عن حصته من الأقمشة ، لا وجه غيرُ هـٰذا .

والذي قدمناه منه(٦) إذا كان علىٰ رجل ألفُ درهم دَيْناً وخمسون ديناراً وبذل ألفي

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٤ .
(٢) «الباقين» مفعول الفعل «صالح».
(٣) في الأصل : منع . وهو تصحيف عجيب ، لا يتفق مع السياق .
(٤) انظر المسألة في فتح العزيز : ١٠/ ٣٠٠ بهامش المجموع .
(٥) في الأصل : الباقي .
(٦) يشير إلى ما ذكره في آخر الفصل قبل هـٰذا بفصل .

درهم عما عليه ، فتقديرُ المنع من هـٰذه الصورة فيه إخالة على البعدِ ؛ من جهة أن الألفين المنقودين عينٌ ، والذي في ذمة باذلهما دينٌ ، أمّا العشرة هاهنا إذا قبضها ، فقَدْرُ حقه يقع استيفاءً ، فتجرد باقي العشرة في مقابلة الأقمشة .

فَصْلٌ

قال : « ولو أشرع جناحاً علىٰ طريقٍ نافذةٍ . . . إلىٰ آخره »[١] .

٤١٣٢ـ إشراع الجناح والساباط[٢] **فيه مسائل :**

إحداها ـ أن يُشرِعَه في ملك الغير من غير إذنه ، فهو ممتنع منقوضٌ على المُشْرِعِ ؛ فإن هواء الملك حق المالك ، ولو أراد المصالحة عن ذلك الهواء بمالٍ يبذله ، لم يجز ذلك ؛ فإن العِوض مالٌ ، فلا يجوز بذلُه إلا في مقابلة مال .

٤١٣٣ـ / والثانية ـ أن يُشرع في الشارع ، وهو المسلكُ النافذ الذي يشترك فيه الطارقون ، فالمرعي في المنع والجواز تضرر السالكين ، وانتفاء ذلك ، فإن كانوا يتضررون ، امتنع الإشراع ، وإن كانوا لا يتضررون لا يمتنع ، ولا يتوقف علىٰ أمر مَنْ إليه الأمر ، ولا مخاصمة لآحاد الناس فيه عندنا . **وأبو حنيفة**[٣] يعتبر في المنع مخاصمةَ من يخاصم من آحاد المسملين . ي ١٨٩

فإذا ثبت أن أصل الضرر هو المعتبر عندنا ، فلا يخصص الضرر بالمشاة المارين ، بل لو كان [يتضرَّرُ][٤] الركبان بالجناح المشرَع ، مُنع ، حتىٰ قال الأصحاب : ينبغي أن يكون الجناح بحيث لا يصطك به [كنيسة][٥] علىٰ بعير ، ولا نظر إلىٰ أن هـٰذا قد

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٤ .

(٢) الساباط : سقيفة تحتها ممرٌ نافذ . والجمع : سوابيط ، وساباطات . (معجم) .

(٣) ر . مختصر الطحاوي : ١٠٠ ، البدائع : ٦/ ٢٦٥ ، حاشية ابن عابدين : ٥/ ٣٨٠ . هـٰذا وقول الصاحبين موافق للشافعي ، قال الطحاوي في مختصره : وبقولهما نأخذ .

(٤) في الأصل : متضرر .

(٥) في الأصل : كنيسته . والكنيسة هنا كالهودج : يغرز في المحمل ، أو الرحل قضبانٌ ، ويلقىٰ عليه ثوب يستظل به الراكب ، ويستتر به ، والجمع : كنائس ، وزان : كريمة وكرائم . (مصباح) .

يندر ؛ فإنه لا ضبط لأحوال المارة ، واطراد الرفاق مع الحمولات ، والكنائس ، وغيرها ، وقد يتفق ذلك ليلاً ونهاراً ، فالوجه اعتبار الأقصىٰ في الباب .

وحكى **العراقيون** وغيرهم عن بعض الأصحاب أن الجناح ينبغي أن يكون بحيث لا يناله رأسُ رمحٍ منصوب من رَاكب ، وهـٰذا عزاه **العراقيون** إلىٰ **أبي عبيد**(١) **بن حَرْبُوَيْه**، ثم زيف الأصحاب ذلك ، [وفيه زحف](٢) ، وعدُّوه سرفاً في تصوير/ ١٨٩ ش الصور ؛ فإن إضجاع الرمح يسيرٌ غيرُ عسير ، فينبغي أن يكون ضبط الضرر بما يتعسر تغييره على الطارقين ، لمكان الأجنحة ، كالكنائس ، والحمولات .

٤١٣٤ـ وممّا يتعلق بأحكام الشوارع في الفن الذي نحن فيه : أن طائفة من أصحابنا قالوا : لو بنى الإنسان دَكَّةً علىٰ باب داره ، أو غرس أشجاراً ، فإن كان يتضرر به المارة ، مُنع منه ، وإن كان لا يتضرر به المارة ، فلا منع . ثم قال هـٰؤلاء : لا يختص بناء الدَّكة ، وغرسُ الأشجار بفِناء الملك ، بل لو تباعد عن داره ، [وبنىٰ](٣) دَكة بقرب دار الغير ، أو غرس أشجاراً لا يتضرر بها المارة ، فلا يمتنع منه . هـٰذا مسلكٌ لبعض أصحابنا ، وإليه ميل **القاضي** فيما نقل الأثبات عنه .

وكان **شيخي** يقول: لا يسوغ غرس الأشجار في الشوارع ؛ فإن مكانه مستحق للطروق ، وفي شغله بالغراس منعٌ للطريق .

والدَّكةُ المرتفعة في معنى الغراس ، ولا نظر إلى اتساع الطريق وتضايقها ، مع ما حققناه ؛ فإن الرفاق قد تصطدم ، وقد يفرض طروقُ عسكرٍ ، أو أسرابٍ من البهائم . والذين ذكروا في الأجنحة توقع اصطكاك الحمولات والكنائس ، لم/ يفصلوا ١٩٠ ي بين اتساع الطرق وتضايقها .

---

(١) أبو عبيد بن حَرَبُوَيه : علي بن الحسين بن حرب ، بن عيسى البغدادي ، القاضي ، ت٣١٩هـ ببغداد .

أحد أركان المذهب ، تخرج بأبي ثور ، سمع أحمد بن المقدام العجلي ، والحسن بن عرفة ، والحسن بن محمد الزعفراني ، وغيرهم ، كان مهيباً ، وافر الحرمة ، ولي القضاء بمصر ثماني عشرة سنة (طبقات السبكي : ٣/ ٤٤٦ ، وتاريخ بغداد : ١١/ ٣٩٥) .

(٢) ما بين المعقفين غير مفهوم المعنىٰ . والعبارة مستقيمة علىٰ أية حال ، بدون الوقوف عنده.

(٣) في الأصل : وفنىٰ .

ومن أشخص دكاناً أو غرس أشجاراً ، فقد جمع بين شغل بقعةٍ من الشارع ، وبين شغل هواء الشارع ، فكان البناء والغراس أولىٰ بالمنع ، [من][١] الجناح المختص بشغل الهواء .

وإنما لم ينظر **المحققون** إلى اتساع الطرق ؛ من جهة أن الرفاق قد تطرق ليلاً ، ويعسر عليها مراقبةُ الأجنحة ، وهـٰذا يتحقق في الغراس والدَّكة .

٤١٣٥ـ والذي يتحتم علىٰ من يسوّغ بناء الدَّكة وإثبات الغراس أن يفصل في الجناح بين اتساع الطريق وضيقها ، وهـٰذا لم نذكره إلزاماً[٢] ، وإنما هو قولٌ لابد منه في التفريع علىٰ هـٰذا الوجه .

وفي البناء والغراس مزيدُ أمرٍ ، وهو أنه قد يلتبس علىٰ طول الزمان محلُّ البناء والغراس بالأملاك ، وينقطع أثر استحقاق الطروق ، وقد لا يتحقق ذلك في الأجنحة ، ولا يتحقق شفاء الغليل في هـٰذا الفصل إلا بذكر ماهية الشرع في أصل الوضع[٣] ، وسنصف ذلك في آخر الفصل، إن شاء الله تعالىٰ .

وقد نجز القول في إشراعٍ في ملك الغير ، وفي الشارع المشترك بين الكافة .

ش ١٩٠ **٤١٣٦ـ** ونحن نذكر الآن التفصيل في إشراع الأجنحة/ في السكة [المنسدةِ][٤] الأسفل ، فإذا أراد واحدٌ من أهل السكة أن يشرع جناحاً ، فاشتغل به هواء السكة ، فقد قال الأصحاب : إن الذين دون أسفل من موضع الجناح إلىٰ أسفل السّكة [لهم][٥] المنعُ من البناء ، والنقضُ بعدَه ؛ فإنهم في محاولة النفوذ من رأس السكة [يطرقون][٦] ما يسامت الجناح من عَرْصة السّكة، فأمّا الذين دارهم أعلىٰ من مكان الجناح ، فقد

---

(١) في الأصل : والجناح .
(٢) إلزاماً : أي يلزم من قولهم ، نلزمهم به . والإلزام من مصطلحات علمي الجدل والمناظرة .
(٣) ماهية الشرع في أصل الوضع : أي حقيقة جَعْل الشارع شارعاً .
(٤) في الأصل : المفسدة .
(٥) في الأصل : فلهم .
(٦) في الأصل : يطوفون .

اختلف أصحابنا فيهم : فذهب ذاهبُون إلىٰ أنهم لا يعترضون ؛ فإنّهم في النفوذ من السكة لا [يطرقون][١] مكان الجناح ، فلا اعتراض .

وقال آخرون : لهم الاعتراض ؛ فإن السكة في حكم عرصة مشتركة بين سُكّان السّكة ، فيثبت حق الاعتراض للجميع ، ولمن تعلو داره حقُّ الاعتراض في جميع السّكة . وغاية هـٰذا الفصل تتبين بذكرنا حقيقة المذهبِ في آخر الفصل، إن شاء الله تعالىٰ .

ولو صالح أهل السّكة مُشرع الجناح ، لم يجز ، لما قدمناه من امتناع المصالحة على الهواء المجرّد . فهـٰذا الذي ذكرناه الطريقةُ المشهورة للأصحاب ، وفاقاً وخلافاً .

٤١٣٧ـ وقال **العراقيـون** يجوز إشراع الجناح في السكة/ [المنسدة][٢] ، حيث يجوز إشراعُها في الشوارع ، وإنما قال **العراقيون** ذلك فيمن له بابٌ نافذ في السكة ، فأما من لا ممر له ، وإنّما جداره على السّكة ، فليس له أن يُشرع الجناحَ في السكة المنسدة . ١٩١ ي

وهـٰذا نقلته من طرق معتمدة لهم علىٰ ثَبَت . فالمرعي عند هـٰؤلاء الضرر وانتفاؤه ، كما تقدّم في الشارع العام ، وهـٰذا لا تعرفه المراوزة أصلاً ، ولعل **العراقيين** لم يثبتوا في عرصة السكة حقيقةَ الملك لأهل السكة ، وإنما أثبتوا فيها حق الطروق ، ولـٰكنه مختص بسكان السكة . والطروقُ في الشارع العام لا اختصاص فيه .

٤١٣٨ـ وممّا يتعلق بهـٰذه التصرفات فتح الأبواب و[الكَوّاتِ][٣] والمنافذ ، فأمّا فتح الأبواب في الشوارع العامة ، فلا منع منه ؛ فإن الذي يفتحها يتصرف في جدار نفسه بالرفع ، وذلك إليه ، وإذا رفع مقداراً منه ، استحال منعُه . ثم حق الطروق بعد الفتح ثابت ؛ فإنه حقٌّ عام للناس كافة .

---

(١) في الأصل : يطوفون .
(٢) في الأصل : المفسدة ، وقد تكرر ذلك بلا عدد . وهو وهم عجيب .
(٣) الكَوات جمع كَوَّة : الثقبة في الحائط . وهي بفتح الكاف ، فتجمع علىٰ كَوات ، مثل : حية وحيات ، وتكون بضم الكاف ، فتجمع علىٰ كوًىٰ ، مثل : مُدية ، ومدًىٰ (مصباح) .

فأما فتح باب جديد في السكة المنسدة ، ففيه تردد يستدعي مزيد تثبت .

ش ١٩١ قال **بعض المحققين** : / لو أراد من له باب في السكة المنسدة أن يفتح باباً آخر في السكة علىٰ جداره المملوك ، نُظر ، فإن كان يفتحه دون باب دارِه ، فللذين دورهم أسفل المنعُ ، وهل للذين دورهم أعلىٰ من داره المنع ؟ فعلى الوجهين المذكورين في الجناح . وإن كان يفتح الباب الجديد فوق بابه المعهود ، فليس للذين دورهم أسفل المنعُ أصْلاً ، وهل للذين دورهم أعلىٰ من ذلك الباب المفتوح أو هم في مقابلة ذلك الباب المنع ؟ فعلىٰ **وجهين** . أما ذكر الوجهين في الذين بابهم أعلىٰ من الباب المفتوح ، فهو على القياس المقدّم في الجناح ، وليس تفصيلاً محدثاً ، وأمَّا القطع بأن الذين هم أسفل من بابه المعهود لا يعترضون وجهاً واحداً ، فهـٰذا إحداث حكم لم نذكره في الجناح .

وكان **شيخي** يذكر في الذين هم أسفل وجهين إذا كان الفتح أعلىٰ من الباب المعهود ، كما ذكرنا وجهين في الذين هم فوق الجناح المشروع ، ويقول : من أصحابنا من لا يخصص المنعَ ببعض السكان دون بعض ، طرداً للقياس .

ي ١٩٢ ثم الذي يتخيل في المنع/ من إحداثِ باب جديد ازدحامُ الناس عليه ، أو وقوف دابةٍ بالقربِ منه ، وهـٰذا في حق الأعلىٰ والأسفل علىٰ وتيرة . فهـٰذا ما قيل فيه .

٤١٣٩ـ ووراء ذلك فكر لا بد من الإحاطة به ، وهو أنه إن سد الباب القديم ، وأحدث فوقه باباً مما يلي الدرب ، فلا يتجه أصلاً حق المنع لمن هو أسفل ، ولا لمن هو أعلىٰ .

وإن فتح باباً جديداً ، ولم يسد الباب القديم ، فقد يتجه حق المنع للمتسفلين ، فإن هـٰذا إحداث فتحٍ ، وهو مظنة [الشغل](١) مع استدامة [الأول](٢) ، فالذين هم أعلىٰ ، فالأمر فيهم على التردد كما ذكرناه في السَّابَاطِ ، والظاهر أن الذي يقابل الفتح الجديد يثبت له حق الاعتراض ؛ لأن الضرر الذي أومأنا إليه يناله ، وهـٰذا مما يجب القطع به .

---

(١) في الأصل : السفل .
(٢) في الأصل : الأوْلىٰ .

ولو كان الباب المقابل بين بابي هـٰذا الفاتح القديم والحديث ، فلا وجه إلا القطعُ بثبوت الاعتراض ؛ فإن ممرّه على الباب المستحدث ، وليس بابُه أسفل من الباب القديم ؛ حتىٰ يقال : هـٰذا البابُ الحديث في معنى البابِ القديم ، بل هو في حقه إحداث ممرٍّ لم يكن له . والسر في هـٰذا مبيَّنٌ في آخر الفصل .

٤١٤٠ـ والذي نذكره الآن نقل/ مقالاتِ الأصحاب ، مع التحقيق الذي يليق به : ١٩٢ ش
فأمّا فتحُ الكوّاتِ والمنافذ لجلب الضوء من غير إشراعٍ في الهواء ، فلا منع منه أصلاً .

ولو فتح باباً جديداً وزعم : إني أريد الاستضاءة ، ولست أطرق منه ، وطلب أن يقيمه مقام كوة يفتحها ، فقد اضطرب أصحابنا في ذلك : فمنهم من قال : لا سبيل إلىٰ منعه ، وكذلك لو أراد رفع جميع جدارِه ، لم يمنع .

ومنهم من قال : يمنع ؛ فإن الباب شاهد علىٰ حق المرور من محل الفتح ، فليمنع من هـٰذا ، وليس كالفتحة العالية ، التي لا يتوقع النفوذ منها .

٤١٤١ـ ولو كان للإنسان دارٌ بابُها لافظٌ في سكة منسدة ، وكانت تلي الشارع ، ففتح لها باباً في الشارع ، جاز ذلك . ولو كان بابُها لافظاً في الشارع ، وكان جدارٌ منها يلي سكةً منسدةَ الأسفل ، لم يجز له أن يفتح باباً في تلك السكة إلا برضا أهلها ، فإذا رضُوا ، كان ذلك إعارةً منهم [للمرور][1] من السّكة ، ومهما أرادوا الرجوع ، رجعوا في العارية ، ولا يلتزمون إذا رجعوا شيئاً ، بخلاف ما إذا أعار مالك الأرض ممّن بنىٰ عليها ؛ فإن الرجوع وإن كان جائزاً ، فقلْع البناء مجاناً/ لا يجوز ، علىٰ ما سيأتي مشروحاً، إن شاء الله تعالىٰ . ١٩٣ ي

٤١٤٢ـ ولو كانت له داران بابُ أحدهما لافظٌ في الشارع ، وبابُ الثانية نافذٌ في سكة غيرِ نافذة ، فأراد أن يفتح باباً من إحدى الدارين في الأخرىٰ ، ليصيرا واحدةً ، فهل لأهل السكة المنعُ ؟ فعلىٰ وجهين : **أقيسهما** ـ أنه لا يُمنع ؛ لأن حق الاستطراق في السكة مُستحق له ، ومنعه من فتح ملكه في ملكه لا وجه له .

---

(١) في الأصل : للمرء .

ومن أصحابنا من جوز لأهل السكة المنسدة أن يمنعوه ، والسَّبب فيه عند هـٰؤلاء أنه أثبت للدَّار التي تلي الشارع ممراً في هـٰذه السّكة لم يكن ، وربما يسد باب الشارع ، فيرجع الممرُّ من تلك الدّار إلىٰ هـٰذه السّكةِ .

٤١٤٣ـ ولو كانت له داران بينهما جدارٌ ، وباب أحدهما لافظٌ في سكةٍ ، وبابُ الثانية نافذٌ في أخرىٰ ، والسّكتان منسدتان ، فأراد فتحَ بابٍ بين الدّارين ، فهل لأهل السّكتين المنعُ ؟ فعلى الوجهين المتقدمين .

فهـٰذا منتهى القول في المسائل التي ذكرها الأصحابُ في هـٰذا الصنف .

٤١٤٤ـ ونحن نختم الفصلَ الآن بتحقيق القول في أصل الشارع العام ، ثم نذكرُ الآن حقيقةَ القول في/ السكة المنسدة . ش ١٩٣

أما الشارع فالذي نبتدىء به : أنا إذا ألفينا جادَّةً معبّدةً ، ومسلكاً مشروعاً نافذاً، تبينا حكمَ استحقاق الاستطراق بظاهر الحال ، ولم نلتفت إلى المبدأ الذي عليه ابتنىٰ مصير تلك البقعة [شارعاً][1] ، وهـٰذا لا خفاء به . ثم حكم الشارع ما قدمناه في مسائل الفصل .

وفيه أحكام تتعلق بالمقاعد في الأسواق ، يحويها بابٌ من كتاب إحياء الموات .

وغرضنا وراء ذلك أن من جعل ملكاً من الأملاك شارعاً ، وصرفه إلىٰ هـٰذه الجهة ، صار الملك سبيلاً مسبَّلاً[2] على السابلةِ[3] ، وكان ذلك جهةً في ثبوت الشارع .

٤١٤٥ـ ولو أحيا جماعةٌ قريةً أو بلدة ، وملكوا البقاع بطرق الإحياء ، وفتحوا أبواب المساكن إلىٰ صوب ، وتركوا مسلكاً بين دورهم ، ومساكنهم ، وبساتينهم ، نافذاً ، فتصير تلك البقعة شارعاً ؛ فإنهم لا يستغنون عن النفوذِ في مساكنهم إلى البقاع ، وكذلك يحتاجون إلىٰ نفوذ الناس إليهم .

---

(١) في الأصل : شارعة .
(٢) مسبَّلاً : أي مباحاً ، متبرعاً به ، من قولك : سبَّلتُ الثمرة : إذا جعلتها في سبل الخير ، وأنواع البر . (مصباح) .
(٣) السابلة : الجماعة المختلفة المتحركون في الطريق لقضاء حوائجهم . (مصباح ، ومعجم) .

وهـٰذا من لطيف ما يتعين تأمله ، فالموات لا ينتقل عن حُكمِ الإباحة من غير ظهور آثار حكم الإحياء فيه ، وفي الآثار تفاصيل/ ستأتي في كتابها ، إن شاء الله تعالىٰ . ١٩٤ ي

والشارع قد لا يحتاج فيه إلىٰ إثباتِ أثر ، ولـٰكن احتفافَ الدور واصطفافَها ، علىٰ شقي بقعةٍ من الموات ، مع تهيئة المنافذ إليها يهيئها ، وينزل منزلة التأثير في المواتِ باتخاذها مزارعَ ، أو زرائبَ ، أو دوراً ، ولا حاجة في ذلك إلىٰ لفظٍ ونطقٍ ، ولا حاجة إلىٰ تقدمٍ في المواتِ ، ثم ردّه إلىٰ جهة الاستطراق ، وليس [الشارع][1] من حقوق الأملاك ؛ فإن الناس فيه شَرَعٌ[2] . فلم يلتحق بالحقوق المختصة كالدِّمَن[3] ، ومطارح التراب ، وغيرها ؛ فإذاً اتجه مصير المواتِ شارعاً **بجهتين** : **إحداهما** ـ صرفُ الملك إليه . **والثاني** ـ ما ذكرناه من تشكيل الأملاك علىٰ شكلٍ ، يقتضي مصيرَ المواتِ شارعاً .

٤١٤٦ـ وكل موات في علم الله تعالىٰ ـ فهو شارعٌ للخلق ، علىٰ أنه لا منع من الاستطراق ، ولـٰكن لا يمتنع إحياؤه ، حتىٰ لو لم يفرض ما قدمناه من تهيئة الشوارع . وكان بعض الناس يطرقون الموات ، فلا يُمنع إحياؤه ، والتحويطُ عليه ، وصرفُ الممرّ منه .

وكان **شيخي** يقول : « هـٰذا إذا لم يصر موضعٌ من المواضع جادَّةً مَتْناً[4] ، يطرقها الرفاق/ ، فإن ظهرت جادةٌ موصوفة [بهـٰذه الصفة][5] ، وإن لم تحتفّ بها أملاكٌ ذاتُ منافذ ، فلا يجوز تغييره ، وصرفُ الممر عنه » . فإن[6] كان هـٰذا يُعدّ إحياءً ، فهو بدع لا نظير له ؛ إذ ليس يُدرىٰ فيه مبتدىء عن قصدٍ ، وممهِّدٌ ، ولا يتعين فيه قصدُ قاصد ، ولـٰكن إذا أُلفي ، أُقرّ . فليفصل الفاصل بين الممر المعروف وبين مسلك ١٩٤ ش

---

(١) في الأصل : التنازع .
(٢) شَرَعٌ : أي متساوون .
(٣) الدّمن : جمع دمنة ، والدمنةُ موضع الدمن : والدمن هو ما يتلبد من السرجين ، وفضلات الدواب . (مصباح) .
(٤) متناً : المتن من الأرض ، ما ارتفع وصلُب . (معجم) . والمراد هنا أن يصير الموات شارعاً مُعبَّداً مهيَّأً يطرقه الناس ويعتادونه ، فلا يجوز عندئذٍ صرف الناس عنه بحجة الرغبة في إحيائه .
(٥) زيادة من المحقق ، اقتضاها السياق .
(٦) هـٰذا تعليق الإمام علىٰ كلام شيخه . رضي الله عنهما .

التعاسيف[١] . وكان يتردد[٢] في بُنيّات[٣] الطرق إذا لم تكن جادة[٤] ، وكانت مسالك يعرفها الخواص في كل بقعة .

فهٰذا منتهى القول في الشارع العام .

٤١٤٧ـ فأمّا السّكة المنسدة ، فلا شك في اختصاص عَرصتها لأصحاب الدور التي لها أبواب إليها ، ولو أراد أهلها أن يسدوا الدرب ، حتىٰ لا يدخلها داخل ، كان لهم ذلك . وجواز دخول السّكة المنسدة إذا صودفت أبوابُها مفتّحةً ، من قبيل الإباحاتِ المستفادة من قرائن الأحوالِ ، علىٰ ما سيأتي تفصيل أصنافها ، ومواضعها ، إن شاء الله تعالىٰ .

فأطلق الأئمةُ أقوالهم بأن عَرْصة السكة مملوكةٌ لأهلها ، ولم يختلفوا في أنهم لو أرادوا أن يلحقوها بعَرصاتِ دورهم ، ويوسِّعوا بها رِباعَهم/ ، كان لهم ذلك . وكذلك لو رجعت الدور ملكاً لواحد ، فله رفع السّكة وردها إلىٰ رقعة الدور ، ثم يفتح باباً أو أبواباً إلى الشارع العام . ي ١٩٥

وقال **المشايخ** : لو أراد من يسكن في أسفل السكة أن يُدخلوا ذلك القدر من السّكة في أملاكهم ، فهل للذين يسكنون أعلى السكة حق الاعتراض ؟ فعلى الوجهين المذكورين في الأجنحة وما في معانيها .

فتحصّل من كلام المشايخ أن السكة المنسدة مملوكة . وكان **شيخي** يطلق القولَ بجواز بيعها ، وطريق تملكها على الاختصاص كطريق ثبوت الشارع العام ، غير أنها أثبتت علىٰ هيئة الاختصاص ، فمُلِّكت كذلك .

وقد نجز المقصود من تفصيل الفصل أولاً ، وتأصيله آخراً .

---

(١) التعاسيف : يراد بها هنا : الطرق غير الممهدة ، غير المستقيمة ، وهي عكس الجادّة ، ومنه قولهم : يركب التعاسيف ، واعتسف الطريق : إذا سار علىٰ غير هدىٰ ، في طرق غير مستقيمة ، ولا واضحة . (معجم) .

(٢) أي شيخه ، الشيخ أبو محمد كان يتردد ولا يقطع الحكم في الطرق المتفرعة غير الممهدة.

(٣) بنيات الطرق : أي الطرق الصغيرة التي تتفرع من الجادة (معجم) .

(٤) أي لم تكن مرتفعة صلبة ، والمراد كاملة التمهيد (معجم) .

فَصْلٌ

قال : « ولو أن رجلين ادعيا داراً في يد رجل ، فقالا : ورثناها من أبينا . . . إلى آخره »[١] .

٤١٤٨ـ إذا ادّعىٰ رجلان داراً في يد رجل . وقالا : ورثناها من أبينا ، ولم يذكرا أنهما قبضا تلك الدار ، فإذا أقر المدعىٰ عليه لأحدهما بنصف الدّار ، فقد نصَّ **الشافعي** رضي الله عنه علىٰ أن ذلك النصف مشترك/ بين المدعيين ؛ فإنهما ادعيا من جهة الإرث ، وحكم الإرث الشيوع ؛ فإذا تخلص بسبب الإقرار نصفُ الدار عن يد المدعىٰ عليه ، فهو ميراث أبيهما بينهما بزعمهما . ١٩٥ ش

ولو قالا : ورثناها ، وكانت في أيدينا ، فغصبها منا ، فإذا أقر المدعىٰ عليه لأحدهما بنصف الدار ، فقد اختلف أصحابنا فيه : فذهب الأكثرون إلىٰ أن ذلك النصف مشترك بين المدعيين في هـٰذه الصورة ، كما ذكرناه في الصورة المتقدمة ، ولا أثر لادعاء تقدم اليد ، ونسبةِ المدعىٰ عليه [إلىٰ][٢] الغصب .

وذكر **صاحب التقريب والعراقيون** ، وجهاً آخر أنه يختص بالنصف المقَرّ له ، ولا يشاركه صاحبه ؛ فإن الغصب الذي ادعياه ، يُشعر بنوع اختصاصٍ ، كأنّ كلَّ واحد منهما ادّعىٰ أنه غُصب منه النصف ، ومن صاحبه النصف الآخر ، فإذا سلم لأحدهما [نِسْبته][٣] إلىٰ نفسه ، لم يشارَك فيه . وهـٰذا بعيد ؛ فإن دعوى الغصب لا تقدحُ في شيوع الإرث ، ولا تتضمن اختصاصاً معقولاً .

هـٰذا قولُنا إذا ادعيا الإرث .

٤١٤٩ـ فلو ادّعيا الدار عن جهتين ، فقال أحدهما : النصف لي اشتريتُه منك/ ، وقال الآخر : النصف لي وهبتنيه ، فإذا أقر لأحدهما بنصف الدار مُطلقاً ، ولم يتعرض لتصديقه في الجهة التي ذكرناها ، فالنصف الذي يثبت له بالإقرار ، لا يشاركه فيه الآخر ١٩٦ ي

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٤ .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : نسبه .

وفاقاً ؛ فإن السبب متميز عن السَّبب ، ولا يمتنع ثبوت أحدهما دون الآخر ، ويمتنع ثبوتُ الإرث لأحد الاثنين دون الثاني .

هٰذا إذا [نسبا][١] دعوتيهما إلىٰ جهتين مختلفتين .

٤١٥٠ـ فأمَّا إذا [نسباهما][٢] إلىٰ جهةٍ واحدة ، غيرِ الإرث : مثل أن يقولا : الدارُ لنا ، اشتريناها ، أو اتهبناها ، فأقر المدعىٰ عليه لأحدهما بالملك المطلق في النصف ، فقد اختلف جوابُ أئمتنا : فقال بعضهم : هٰذا النصف مشترك بينهما كما لو ادّعياه إرثاً ، وهو اختيار **القاضي** ، وجماعة من المحققين .

وذهب بعضهم إلىٰ أنه يختص بالنصف المقَر له به ، بخلاف جهة الإرث . وقد ذكره **شيخي** ، **والصيدلاني** ، **وبعض المصنفين** .

ووجهه في القياس أن الشراء يتميز عن الشراء ، وإن جمعهما اسم واحد ، فكان الشراء في حقهما كجهتين . وقد [جلبتا][٣] الوفاق . والذي يحقق ذلك أنّه لو جرىٰ شراؤهما في النصفين بدفعتين ، ووقعت الدعوى/ منهما كذلك ، ولا يجوز أن يتخيل خلافٌ في هٰذه الصورة ، بل الوجه القطع بأنه إذا أقر لأحدهما ، لم يشاركه الآخر ؛ فإن الشراء متميز عن الشراء تميُّز الشراء عن الهبة ، والتميز هو المعتبر ، لا صورة الاختلاف والتماثُل .

ش ١٩٦

وإذا ثبت هٰذا فشراء رجلين في صفقة من رجل في ظاهر مذهبنا محمول علىٰ تفريق الصفقة وتعددها ، وإذا ثبت ما ذكرناه ، ترتب عليه أنهما إذا ادّعيا أنهما اشتريا معاً ، فالأمر على الخلاف الذي ذكرناه ، وإن ادّعىٰ كل واحدٍ منهما انفراده بالعقد ، في النصف الذي يدعيه ، فلا مشاركة ، إذا فرض إقرار لأحدهما .

وإذا ادّعيَا الشراء مطلقاً ، فهو متردد بين تعدد الشراء واتحاده ، فإذا أقر لأحدهما

---

(١) في الأصل : نسبنا .

(٢) في الأصل : نسبنا .

(٣) في الأصل : (حلسـ) بالحاء المهملة ، وبدون نقط ما بعد اللام . وعسىٰ تقديرنا يكون صواباً . (انظر صورتها).

روجع ، فإن ادعى الانفراد بالشراء ، انفرد بالمقر به . وإن ادعىٰ وقوع الشراء معاً ، فهو على الخلاف .

٤١٥١ـ ثم قال **الشافعي** إذا ادّعيا الدّار عن جهة الإرث ، فأقر لأحدهما بالملك ، وثبت أن صاحبه مشاركه في ذلك النّصف ، فلو صالح المقر له من النصف المقر به ، علىٰ مالٍ ، فظاهر النص يشير إلىٰ صحة الصلح ، وكَوْنُ/ العوض ثابتاً على الاشتراك . ١٩٧ ي

والوجه المبتوتُ في ترتيب المذهبِ أن يقال : إذا ثبت كونُ ذلك النصف مشترَكاً ، فإن جرى الصلح بإذن الشريك ، صح . وإن جرىٰ من غير إذنه ، فالصلح باطل في حصة شريكه ، وهل يبطل في حصة المقَر له ؟ فعلىٰ قولي تفريق الصفقة .

هـٰذا قياس المذهب .

٤١٥٢ـ وذكر طوائف من أصحابنا وجهاً آخر في صحة الصلح ، في جميع النصف ، وهو ظاهر النص في (**السواد**)[1] ولست أعرف لهـٰذا وجهاً . وكل ما تُكلف ذكرُه في التصحيح يتضمن استبداد المقر له بالنصف وثمنه ، وأقصىٰ ما قيل فيه : إن كان يعرف حكم المسألة يعترف لصاحبه بحصته في النصف المقر به ، وإن كان لا يعرفه ، فهو كذلك . ومَنْ ظن ملكَ الغير ملكَ نفسه ، لم ينفذ بهـٰذا السَّبب بيعُه فيه .

فَرْعٌ : **٤١٥٣ـ** قال **صاحب التقريب** : إذا باع اثنان عبداً مشتركاً بينهما ، بثمن معلوم ، فهل لأحدهما الانفرادُ بقبض حصته من الثمن ؟ ولو قبض شيئاً من الثمن ، فهل يشاركه فيه صاحبه ؟ فعلىٰ **وجهين** : **أحدهما** ـ ليس له أن يشاركه ، وله الانفراد بقبض حصته ، ووجه ذلك/ في القياس بيّن . **والوجه الثاني** ـ أنه لا ينفرد ، وما يجري القبض فيه مشترك ، كما لو [كاتَبَا][2] عبداً ، فأراد أحدُهما الانفرادَ بقبض حصته من النجوم ، لم يكن له ذلك ، كما سنذكره في كتاب الكتابة، إن شاء الله تعالىٰ . ١٩٧ ش

والقائل الأول يقُول : ليست الكتابة كالبيع ؛ إذ يتصور من أحد الشريكين بيع

---

(١) السواد : المراد به مختصر المزني ، كما تكرر ذلك . وانظر النص في : ٢/ ٢٢٤ .
(٢) في الأصل : كاتب .

نصيبه ، وإن لم يبع الثاني ، وليس لأحد السيدين أن يكاتب نصيبه دون الثاني ، كما سيأتي في الكتابة إن شاء الله تعالىٰ ـ وثَمَّ[١] توضيح تعليل ما ذكرناه في الكتابة جُهدنا .

فَرْعٌ : ٤١٥٤ـ إذا ادّعىٰ رجلان داراً في يد ثالثٍ على الشيوع وذكرا الملك المطلق ، ولم ينسباه إلىٰ سبب ، فقد ألحق أصحابنا هـٰذا بما لو نسبا دعوتيهما إلى الشراء أو غيره من الأسباب المتحدة الواقعة علىٰ موجب الشركة ، وقد مضى التفصيل فيه .

فَرْعٌ : ٤١٥٥ـ إذا ادّعىٰ رجلان داراً في يد [رجل][٢] ، وقال كل واحدٍ منهما : نصف هـٰذه الدار لي ، فأقر المدعىٰ عليه بأن جميع الدار لأحدهما ، وعيَّنه ، نُظر : فإن لم [يَزِد][٣] المقر له ابتداءً علىٰ أن نصف الدار لي ، ولم ينف عن نفسه النصف/ الآخر ، فلا يمتنع الحكم بجميع الدّار له آخراً بسبب الإقرار ؛ إذ لا منافاة بين ادعائه النصفَ ، وبين ثبوت الكل ؛ إذ مستحق الكل قد يدّعي نصفَه . (ي ١٩٨)

وإن ادّعىٰ أن النصف له ، والنصف لصاحبه المدعي معه ، فإذا أقر المدعىٰ عليه له بالجميع ، فلا يثبت له إلا النصف ؛ تعلقاً بقوله الأول .

ولو ادعى النصف لنفسه ، ونفى الاستحقاق عن غيره ، ولم يثبته لشريكه في الدعوىٰ ، وقد أقر له صاحب اليد بالجميع ، ففيه **ثلاثة أوجه** : جمعها **العراقيون** : **أحدها** ـ أن ذلك النصف مُقَرٌّ في يد المقِر ، فإنه أولىٰ به لثبوت يده في الظاهر ، والمقَر له ينفيه .

والثاني ـ أنه يسلم إلى القاضي ، فيحفظه ، كما يحفظ الأملاك التي لا يتعين ملاكها ، ويُنتظر البيانُ فيها .

والثالث ـ أنه يسلم النصف إلى الشريك الثاني المدعي ؛ فإن المدّعىٰ عليه أقر بزوال الملك له ، ونفاه المقَرّ له عن نفسه ، وأولىٰ من يصرف إليه هـٰذا الذي يدعيه . وهـٰذا

---

(١) أي في باب الكتابة .
(٢) في الأصل : رجلين . وهو مخالف للسياق .
(٣) في الأصل : يرد .

ضعيفٌ ، لا أصل له ، وهو على التحقيق إثبات الملك بالدعوى المجرَّدة .

٤١٥٦ـ ولو ادّعىٰ أولاً النصف ، ونفى استحقاقَه عن غيره ، ثم تخلل زمان يجوز أن يتجدّد في مثله له ملكٌ/ في النصف الباقي ، ثم أقر له صاحب اليد بجميع الدّار ، فصدّقه المقَر له ، يثبت له الملك في جميع الدار ؛ إذ لا منافاة بين الأوّل والثاني . وإن لم يتخلل زمان يفرض فيه تجدد الملك ، فالإقرار في النصف الثاني مردود للمقر له[1]، لقوله الأول ، والمرء مؤاخذ بالقول الأول . فإن قيل : إذا قال أولاً : النصف لي ، والنصف لصاحبي ، فأقر صاحب اليد بالتمام له ، فهل يؤثر إقراره أولاً لصاحبه بثبوت الملك له ؟ قلنا : لا أثر لهـٰذا الإقرار في هـٰذا المعنىٰ . والأمرُ على الأوجه الثلاثة التي ذكرناها .

١٩٨ ش

٤١٥٧ـ ولو قال رجل : هـٰذا العبد لزيد ، وكان في يد عمرو ، وتحت تصرفه ، فرد قوله ، ثم أكذب نفسه في قوله الأول ، واشترىٰ ذلك العبد من صاحب اليد ؛ فإنا نحكم بصحة البيع ظاهِراً لتقارّ المتعاقدين لذا العقد ، ثم إذا حكمنا بالصحة بينهما ، ألزمنا المشتري أن يرد العبد إلىٰ من أقر له به أولاً ؛ فإنه تمكن من ذلك الآن . وليس هـٰذا كما إذا أقر أحد المدعيين للثاني بالنصف ، ثم أقر صاحب اليد له بالجميع ؛ فإن الإقرار له مردود في الشرع بقوله ، فلا حكم له ، وليس كالشراء/ . وهـٰذا بيّن .

١٩٩ ي

فَصْلٌ

قال : « فإن تداعىٰ رجلان جداراً بين داريهما . . . إلى آخره »[2] .

٤١٥٨ـ وصورة ثبوت الجدار أن يكون حائلاً بين عرصتي الداريْن ، أو بين بيتَيْن من الدارين ، أو بين بيت وعرصة .

فإذا تنازع مالكا الدارين في الجدار ، لم يخلُ : إما أن يكون متصلاً ببناء كل واحدة منهما اتصال ترصيع ، وإما أن يكون متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر .

---

(١) في العبارة تقديم وتأخير قد يصيبها بشيء من الغموض، فلو قلنا: «فالإقرار في النصف الثاني للمقر له مردود»، لكانت أوضحَ.

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٤ .

٤١٥٩ـ وأول ما نبدأ به بيان التصوير . واتصال البناء معناه أن يتداخل نصفٌ من الجدار المتنازع فيه ، في الجدار المتفق عليه ، ونصف من ذلك في هـٰذا . وإنما يظهر ذلك في الزوايا ، فإذا كان الجدار ممتداً بين الدارين كما قدمناه ، واتصل أحد طرفيه بجدارٍ هو ملك لمالك إحدى الدارين ، وانعطف أحد الجدارين على الثاني ، وظهر في المنعطف زاوية ، وكانت علىٰ هيئة التداخل والترصيع ، فهـٰذا هو الاتصال . ونقيضه أن يُرى انعطاف الجدار على الجدار ، ولا ترصيع بينهما عند الملتقىٰ في طرف الجدار ، بل كان أحدهما ملصقاً بالثاني ، إلصاق مجاورة . فهـٰذا منفصل .

ش ١٩٩ ٤١٦٠ـ فإذا تبين ذلك قلنا : إذا لم يتصل طرفٌ من/ الجدار الواقع بين الدارين بجدار دارِ واحدٍ منهما اتصال بنيان ، فاليد في الجدار لهما جميعاً ؛ والسَّبب فيه أن الجدار سورُ دار كل واحد منهما ، أو سور بنيان داره ، ولو لم تقدَّر الدارُ الأخرىٰ ، لكان جزءاً من هـٰذه الدار قطعاً ؛ فإذا وقع الجدار من دار كلٍّ منهما هـٰذا الموقع ، فقد تحقق استواؤهما فيما لو انفرد كل واحد منهما به ، لكان اليد له . والاشتراك في هـٰذه الصورة يتضمن الاشتراك في ظاهر الملك .

٤١٦١ـ فهـٰذا إذا لم يتصل الطرفان اتصال بنيان ، ولو اتصل الطرفان بالدارين اتصال بنيان ، فالجوابُ كما مضىٰ ، وهما متساويان في اليد وظاهرِ الملك .

وإن اتصل أحد طرفي الجدار بجدارٍ خالص من دار أحدهما ، عند المنعطف ، اتصال بنيان ، ولم يتصل الطرفُ الآخر من الجدار بدار الآخر ، إلا اتصال جوارٍ ، فاليد في الجدار لصاحب الاتصال ، اتفق العلماء فيه ؛ والسَّبب فيه أنا علىٰ تحقيق نعلم أن هـٰذا الجدار بني مع الجدار الآخر بناءً واحداً ، والوصف والترصيع شاهد فيه لا يدافَع ، / فلزم الحكم به ؛ إذ يستحيل أن يُبنىٰ جدار الغير مع جداره ترصيعاً ، ثم لا يتصل بدار من يدعيه إلا جواراً . ي ٢٠٠

ثم قال الأئمة : ما ذكرناه من الترصيع فيه ، إذا كان الجداران علىٰ هـٰذا النّعت من الأصل ، والأمر[1] إلى الطرف الأعلىٰ ، حيث نتبين أنه لا يتصور إحداثه بعد البناء .

---

(١) كذا ، ولعلها : و(الأس) . فتكون عطف بيان للأصل .

فأمَّا إذا وجد التداخل في جرين[١] من الجدارين ، بحيث يظهر أنه بعد البناء ، فلا تعلق به ، وذلك مثل نزع طوبة وإدخال أخرىٰ على التداخل .

٤١٦٢ـ وإذا كان الجدار بين الدارين ، وكان لأحد المالكين على الجدار جذوع ، ولم يكن للثاني جذوع ، فلا ترجيح لصاحب الجذوع ، والجدارُ في أيديهما [ولا فرق بين الجذع الواحد والعدد][٢] . ومعتمد المذهب أن وضع الجذوع يقع بعد بناء الجدار ، وقد ذكرنا أن كون الجدار بين الدارين مثبتٌ لمنصب اليدِ في حق كل واحد منهما ، وكيف لا ، وهو جزء من كل دارٍ ، ووضع الجذوع يقل عن هـٰذا ، ويقصُر عنه ، ويتجه حمله على الإعارة ، والإجارة ، وابتياع حق البناء ، كما سنذكره بعد هـٰذا ، فاختصاص/ أحدهما بالجذوع اختصاصُ مزيد انتفاع ، بعد الاستواء في اليد ، ٢٠٠ ش فكان كما لو سكن رجلان داراً لأحدهما فيه أمتعةٌ وأقمشة ، ولا قماش للثاني .

٤١٦٣ـ ولو تنازع رجلان دابةً ، أحدُهما راكبها ، فالركوب يناظر وضعَ الجذوع ، ولـٰكن لم يثبت متعلَّق في اقتضاء اليد في الدابة [فتعَلَّقنا][٣] بالركوب . وقد أوضحنا ثبوتَ اليد في الجدار ، ورددنا وضع الجذع إلىٰ مزيد انتفاع بعد الاستواء في اليد .

ولو تنازعا دابة ، وأحدهما راكبها والثاني متعلق بلجامها ، أو تنازعا ثوباً ، وأحدُهما لابسه ، والثاني متعلق به [يجاذبه][٤] ، فالمذهبُ أن اليد للراكب واللابس .

---

(١) كذا : جيم ثم راء ثم (كأس) بدون إعجام ، تصلح أن تكون ياءً مثناة ، أو باء موحدة ، أو ثاء مثلثة ، ثم نون . ولم أصل إلىٰ معناها علىٰ أي صورة تصوّرت ، والمعنىٰ واضح من السياق علىٰ كل حال ، وعبارة الرافعي : « ولا يحصل الرجحان بأن يوجد الترصيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار ، لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار ، بنزع طوبة وإدراج أخرىٰ » فتح العزيز : ١٠/ ٣٣٢ بهامش المجموع .
ولعلها (في جزأين) . أو (في جزء من) (انظر صورتها) .

(٢) في الأصل : [وإن فرق بين الجدار الواحد والعدد] وهو تصحيف عجيب ، ووهم غريب .

(٣) في الأصل : متعلقاً . والمثبت تقدير منا رعاية للسياق .

(٤) في الأصل : يحاذيه ، ولـٰكنها غير منقوطة الياء ، ولم أر لها وجهاً علىٰ أية صورة إلا ما اخترناه (يجاذبه) . والله أعلم .

وأبعد بعضُ الأصحاب ، فأثبت اليد لهما[(١)] .

٤١٦٤ـ وهٰذه الأحوال حقها أن تؤخذ من العاداتِ ؛ إذ ليس فيها توقيفاتٌ شرعية ، ولا يخفىٰ أن الرّاكب هو الذي يعد مستولياً على الدابة ، دون المتعلِّقِ باللجام ، وكذلك القول في لابس الثوب [وجاذبه][(٢)] .

٤١٦٥ـ ثم لما ذكر **الشافعي** معتبرهُ في الجدارِ ، وأوضح أنَّ الرجوع إلى اتصال البنيان كما وصفناه ، قال : فإن/ لم يكن ، فالجدار مقر على اليدين ، واعتبار تقريره على اليدين أوْلىٰ من كل ما يتخيل بعده ، سوى اتصال الرّصف والترصيع ، وعدَّه ممّا لا يعتبر ، مما قد يُخيل .

ي ٢٠١

وأشارَ إلىٰ خلاف العلماء ، قال : « لا أنظر إلىٰ من إليه الخوارج والدواخل وأنصافُ اللَّبن ومعاقدِ القُمط » والقُمُط جمع القِماط ، وهو الحبل .

وأراد بالدواخل والخوارج الكتابةَ بالجص والآجر ، إذا كان علىٰ أحدِ وجهي الجدار كتابة ، فلا تعويل عليها ، وكذلك إذا كان علىٰ أحد وجهي الجدار تزويقاتٌ أو طبقات تزين الجدار ، وأراد بأنصاف اللبن أن الجدار لو كان متخذاً من اللبناتِ المقطعة ، وكان الوجوه إلىٰ أحد الجانبين والجوانب المكسرة من الجانب الآخر ، فلا احتفال بشيء من هٰذا . ومعاقد القمُط يظهر في الستر بين السطوح [والمتخذ من القصب والحُصر][(٣)] وغيرهما ، فقد يشد عليها خشبة مستطيلة ومعترضة بالحبال ، وقد يُظن أن [الباني][(٤)] لها [لا][(٥)] يجعل وجه العقد والخشب في جانب نفسه ، ويجعل

---

(١) وصف إمام الحرمين من أثبت اليد لهما ، بالخَوَر والجهل بمآخذ المذهب ، وذلك في كتابه (الدرّة المضية) .

(٢) هنا رسمها بالحاء والدال المهملتين ، والباء الموحدة . فلعل هٰذا يرجح اختيارنا ، ولم نجد عند الرافعي في الفتح ، ولا النووي في الروضة ، ولا الغزالي في الوسيط ، ولا في حواشي التحفة ـ لم نجد ما نرجح به لفظاً آخر غير ما اخترناه .

(٣) في الأصل : « بين السطوح والحطر » وفيه تصحيف وسقط . وما أثبتناه اختيار منا علىٰ ضوء المعنىٰ مع الاستعانة بكلام الرافعي في فتح العزيز : ١٠/ ٣٣٣ .

(٤) في الأصل : الثاني .

(٥) زيادة من المحقق ، علىٰ ضوء السياق .

الوجه المستوي إلى الجانب/ الذي يليه ، ولا تعويل علىٰ ذلك ، ولا ترجيح خلافاً **لمالكٍ**[١] . ٢٠١ ش

٤١٦٦ـ ولو كان لأحد المتنازعين في الجدار على الجدار أَزَجٌ[٢] ، نظر : فإن [كان][٣] علىٰ منتهاه ، فهو بمثابة وضع الجذوع بعد تمام البناء ، وقد ذكرنا أنه لا تعلق بوضع الجذوع ، ولو كان الجدار من أصله مقوساً من جهة أحدهما إلىٰ منتهى الأَزَج ، فإذا فرض النزاع والحالة هـٰذه ، فصاحبُ الأزَج صاحب الجدار ؛ فإن الجدار جزء من الأَزَج ، وليس الأزَج موضوعاً بعد بناء الجدار ، ولا يعد مثل هـٰذا سوراً في جانب جدارٍ من الأزج له ، فإذا كان البيت المؤَزَّج لأحدهما وفاقاً ، فالجدار الذي ذكرنا من غير الأَزَج . فهـٰذا منتهى القول في ذلك .

٤١٦٧ـ ثم ردد **الشافعي** قوله في أمر نحن [نوضِّحه][٤] ونستعين بالله تعالىٰ فيهِ ، فنقول : إذا كان بين رجلين جدار مشترك ، فأراد أحدهما أن يضع عليه جذوعاً ، لم يكن له أن ينفرد به دون إذن شريكه ؛ فإن انفراد أحد الشركاء بالتصرف في الملك المشترك لا مساغ له .

وقال **الشافعي** رضي الله عنه في **القديم** : إن ثبتت حاجةُ الجار إلى الجذوع على الجدار ، وجب إسعافه ، ولا/ يختص هـٰذا بالجدار المشترك ؛ فإنه لو كان الجدار ملكاً خالصاً للجار ، ومسَّت إليها حاجة الآخر ـ كما ذكرناه ـ لم يُمنع من وضع الجذوعِ على الجدار ، واعتمد في **القديم** ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ؛ فلا يمنع جاره بأن** ٢٠٢ ي

---

(١) ر . الإشراف للقاضي عبد الوهاب : ٢/٥٩٧ مسألة ١٠٠٣ ، عيون المسائل : ٤/١٦٥٢ مسألة ١١٦٦ .

(٢) الأزج بفتحتين : البناء المستطيل المقوس السقف . والمراد هنا أن يكون لأحدهما قوسٌ بالبناء ، يتكىء بأحد طرفيه على الجدار محل النزاع . (مصباح، ومعجم).

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) في الأصل : نوضعه .

يضع خشبة علىٰ جداره»[1] وقيل : كان الناس لا يعملون بهـٰذا، فلما ولي أبو هريرة مكة أو المدينة قال : « ما لي أراكم معرضين عنها ، والله لأرمين بها بين أكتافكم » واختلف في تفسير لفظه ، فقيل : معناه لأكلفنكم ذلك ، ولأضعن جذوع الجيران علىٰ أكتافكم ، ضرباً للمثال ، وقصداً إلى المبالغة في البيان . وقيل : أراد بقوله لأضعنها : أي لأضعن هـٰذه السُّنة بين أكتافكم ، ولأحملنكم العمل بها .

٤١٦٨ـ فإن فرعنا على **الجديد** ، فلا سبيل إلى الوضع على الملك الخالص ، ولا على الملك المشترك ، وإن مست الحاجة إليه . وهـٰذا قانون الشرع ، ومقتضى القياس الكلّي والجزئي ، وحديث أبي هريرة محمول على التأكيد في الندب والاستحباب ، / وقد يرد أمثال هـٰذا في الحث على المكرمات . ش ٢٠٢

٤١٦٩ـ وإن فرعنا على القول **القديم** ، فلا بد من فرض حاجةٍ .

ثم قال الأصحابُ : هـٰذا مشروط **بشرطين** : **أحدهما** ـ أن يضع ما لا يُثقل الجدار ، ولا يؤدّي إلىٰ هدمه ، فأما أن يبني عليه ما يثقله ، فهو ممنوع إلا بالرضا . **والثاني** ـ أن تكون الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت ، وهو يحتاج إلىٰ جانب رابع . فأمّا إذا كان الكل للغير ، فلا يضع الجذوع عليها قولاً واحداً .

ومن أصحابنا من لم يشترط هـٰذا الشرط الأخير .

والحاجة التي أطلقناها لم نُرد بها ضرورةً ، وإنما أردنا حاجة البناء ، حتىٰ لا يظن ظان أن المعنيَّ بالحاجة ضرورةٌ مرهقةٌ ، وداعيةٌ مستقرة . ولـٰكن لو بنىٰ بناء لا يحتاج إليه، وكان البناء يحتاج إلىٰ ما وصفناه من وضع الجذع ، فله الوضع . وفي هـٰذا أدنىٰ نظر عندي .

ولا يمتنع تخصيص ما ذكره في **القديم** بحاجةٍ إلىٰ أصل الوضع ، وهـٰذا التردد

---

(١) حديث أبي هريرة متفق عليه ، رواه البخاري في المظالم ، الفتح : ٥/١٣١، ح ٢٤٦٣ ، ورواه مسلم : كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار، ح ١٦٠٩ . وانظر: التلخيص ٣/٩٩ ح ١٢٦٢ .

يضاهي ما ذكرناه في كتاب الطهارة من تضبيب الإناء بالفضة ، [إذْ شرطنا][(١)] الحاجة إلى التضبيب .

٤١٧٠ـ وإذا فرعنا على/ القول **الجديد** ، قلنا : إن رضي مالك الجدار بوضع الجذوع علىٰ جداره من غير عوض ، كان ذلك إعارة ، وسنصف في كتاب العارية أن من أعار أرضه ، أو جداره للبناء عليه ، أو للغراس ، فإذا بنى المستعير ، وغرس ، فللمعير الرجوع في العارية ، ولـٰكن يضمن ما ينقُصه بالقلع في الغراس والبناء . وسيأتي هـٰذا على الاستقصاء في موضعه، إن شاء الله تعالىٰ . ٢٠٣ ي

وغرضنا الآن : أن من استعار أرضاً وغرسها ، أو بنىٰ فيها ، فللمعير الرجوع، علىٰ شرط ضمان النقصان .

ومن استعار جداراً ووضع عليه جذوعاً ، فإذا أراد مالك الجدار الرجوعَ في العارية ، رفعَ الجذوعَ والتزمَ غرامةَ النقصان .

وظاهر المذهب أن ذلك سائغ علىٰ قياس الباب .

وقال بعض أصحابنا فيما حكاه **القاضي** : لا يجوز الرجوع في هـٰذه العارية ؛ فإن ضرر القلع والرفع يتداعىٰ إلىٰ ما هو خاص ملك المستعير ؛ فإن الجذوع إذا رفعت أطرافها من جدارٍ لم تستمسك علىٰ باقي [الجُدُر][(٢)] فإذا عظم الضرر ، امتنع القلع . فأثرُ رجوع المعير أن يُلزم المستعير أجر المثل في مستقبل الزمان ، / وتفصيل ذلك يأتي في موضعه، إن شاء الله تعالىٰ . ٢٠٣ ش

٤١٧١ـ وممّا أجراه الأئمة من أحكام العارية إذا اتصل الكلام بها أن من استعار أرضاً وزرعها ، لم يكن للمستعير قلعُ الزرع قبل إدراكه ، بخلاف الغراس ؛ فإن الزرع له أمدٌ معلوم . فلو كان غرس ، فأثمرت الأشجار ، فلا يجوز للمعير قلعها قبل جِدادِ الثمار ؛ فإن الثمار لها أمدٌ كالزرع . وهـٰذا منقاسٌ لا خفاء به . فإذا جُدَّت الثمار ؛ فإذ ذاك يقلع المعيرُ إن أراد ، علىٰ شرط الضمان .

---

(١) في الأصل : إذا شركنا .

(٢) في الأصل : الجدار .

فَرْعٌ : ٤١٧٢ـ إذا كان الجدار المتنازع بين الدارين مبنياً علىٰ خشبةٍ طويلة ، وكان طرفٌ من تلك الخشبة والِجاً في ملك أحدهما ، ولم يكن شيء منها والِجاً في ملك [الثاني][1] ، قال **العراقيون** : الخشبة تكون لمن يكون طرفها في ملكه ، ثم قالوا : إذا ثبت أن الخشبة له ، فالجدار المبني عليها تحت يده ؛ فإن الظاهر أن جدار غيره لا ينبني علىٰ ملكه . هـٰذا ما ذكروه ، ولم أجده في طرقنا ، وليست المسألة خاليةً عن احتمال في الخشبة والجدار .

ي ٢٠٤ فَرْعٌ : ٤١٧٣ـ قال **العراقيون** : إذا تنازع الجاران الجدارَ بينهما ، وشهدت/ بيّنة لأحدهما بملك الجدار ، ولزم القضاء بها ، فيصير صاحبَ يدٍ في القاعدة التي عليها الجدار .

وكذلك إذا تنازع رجلان شجرة وشهدت البينة لأحدهما ، فيصير مالك الشجرة صاحبَ يد في مغرس الشجرة . هـٰكذا قالوا . وهو قياس طريقنا .

فإن قيل : الجدار علىٰ قاعدته ، والشجرةُ علىٰ مغرسها بمثابة الجذع على الجدار ، فكيف يدلُ على اليد وقاعدته ؟ وكذلك السؤال في الشجرة ومغرسها ؟ قلنا : نبهنا علىٰ هـٰذا ؛ إذ قلنا : الجدار بين الدارين في يدي مالكهما؛ من حيث إنه جزء من كل دارٍ ، فكان هـٰذا التمسك بالجزئية أولىٰ من التعلق بوضع الجذع . وهـٰذا لا يتحقق في قاعدة الجدار ومغرس الشجرة ، فصار الجدار يداً في القاعدة ، والشجرة يداً في المغرس .

ونظير ذلك أن الدار إذا كانت مشحونة بأمتعة إنسان ، وكان لا يسكنها أحد ، فالدار تحت يد صاحب الأمتعة . ولو كان يسكنها رجلان ، ولأحدهما أمتعة ، فلا نظر إلى الأمتعة مع شهود المتداعيين في الدار وسكونها[2] .

ش ٢٠٤ ٤١٧٤ـ ثم قال **العراقيون** : لو أقر إنسان بجدار لإنسان ، أو بشجرة/ ، فالإقرار لهما هل يكون إقراراً بقاعدة الجدار وبمغرس الشجرة ؟ فعلىٰ قولين مأخوذين من أن البيع فيهما هل يتناول أصلهما ، وفيه قولان، قدمنا ذكرهما .

---

(١) في الأصل : الباني .
(٢) «سكونها» : أي (سُكْناها).

وفي المسألة فضل نظر فيما نصفه سؤالاً وجواباً .

فإن قيل : إذا كان لفظ المقر مع اختصاصه بالجدار يتعدّىٰ إلىٰ أصله ، حتىٰ يجعل إقراراً به في أحد القولين ، مع أنَّ مبنى الإقرار على الحمل على الأقل . فإذا شهد عدلان لإنسان بملك جدار ، فقولوا : لفظ الشهود يتضمن الملك في أصل الجدار علىٰ أحد القولين قياساً على الإقرار . قلنا[1] : هٰكذا نقول ، ولا فرق، والعلم عند الله تعالىٰ .

٤١٧٥ـ وهٰذا يلتفت إلىٰ أصلٍ، وهو أن الشاهد على البائع تقبل شهادته مطلقاً ، من غير بحث عن شرائط صحة البيع ، على المذهب الظاهر ، ويحمل البيع المشهود به على الصحّة، علىٰ ما سيأتي ذلك في موضعه، إن شاء الله تعالىٰ .

فصل

قال : « ولا أجعل لواحد منهما أن يفتح كوة فيه . . . إلىٰ آخره »[2] .

٤١٧٦ـ الجدار المشترك بين شريكين لا يجوز لأحدهما أن يفتح كوة أو يثبت فيه وتداً/ يعلق فيه شيئاً ؛ فإن التصرف في [الجدار][3] المشترك تصرفٌ في ملك الشريكِ ، والتصرف في ملك الشريك من غير إذنه [غيرُ][4] سائغ ، ولا يمتنع علىٰ كل واحد من الشريكين أن يستند إلى الجدار المشترك ، أو يسند إليه شيئاً من الأمتعة ؛ فإن هٰذا النوع من المنفعة غيرُ معتدٍ به ، ولا أثر له . ولو استند إنسان إلىٰ جدارٍ خالص لغيره ، لم يمتنع ذلك ، ولو منع المالكُ منه ، ففيه تردد للأئمة . ٢٠٥ ي

ويخرَّجُ عليه ما لو تمانع الشريكان في هٰذا النوع أيضاً ؛ فإن الملك المشترك في حكم الملك الخالص .

---

(١) في الأصل : فإن قلنا .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٤ .
(٣) زيادة من المحقق .
(٤) سقطت من الأصل . وأثبتناها رعاية للسياق .

وأمّا الاستظلال بظل جدار للغير في الشارع ، فلا أثر له ، ولا يملك مالك الجدار المنعَ منه .

٤١٧٧ـ [و][(١)] كما يمتنع التصرف في الجدار المشترك بالفتح ، يمتنع البناءُ عليه . ولا يجوز للشريك في الدار أن يسكنها دون إذن الشركاء ، وإذا تمانعوا، فالمهايأة[(٢)] إذا رضوا بها ، توفر عليهم حقوقهم من المنافع ، وهي في الظاهر تناوبٌ في المنافع ، وفي الحقيقة بيعُ المنافع ، فإذا تراضىٰ شريكان بالمهايأة علىٰ أن يسكن أحدهما شهراً ، فالمنفعة الحاصلة في كل نوبةٍ في أصل الوضع مشتركة ، فكأنَّ كلَّ شريكٍ/ باع حصته من المنفعة في نوبة شريكه بما يتوفر عليه في نوبته من حق شريكه . ش ٢٠٥

٤١٧٨ـ والصحيح أن المهايأة لا تلزم ، ولا يجب الوفاء [بها][(٣)] وإن وقع التراضي فيها .

فإن قيل : لو اكترىٰ رجل داراً سنة بمنفعة عبد سنة ، أو أكثر ، أو أقل ؛ فالإجارة صحيحة ، ومقابلة المنفعة بالمنفعة سائغةٌ عندنا ، فهلا وقع القضاء بلزوم المهايأة الصَّادرة عن التراضي ؟ قلنا : من ضرورة التناوب بالمهايأة علىٰ منافع العين الواحدة أن تنتجز نوبة وتتأخرَ الأخرىٰ ، والمنافع المضافة إلى المدة التي ستأتي ، لا يجوز إيراد العقد عليها عندنا ؛ فإن من استأجر داراً السنة القابلة ، لم يصح ، فلا تلزم المهايأة علىٰ هـٰذا الأصل ، وليست معاملةً تقتضي تمليكاً على الصحة . نعم ، هي علىٰ صورة بيع فاسد ، ولهـٰذا قلنا : لا يصح الإجبار عليها ؛ فإن الإجبار على البيع الصَّحيح ممتنع ، فما الظن بالإجبار علىٰ ما هو علىٰ صورة البيع الفاسد .

فإن قيل : هلا جعلتم المهايأة قسمة بمعنى الإفراز ؛ تخريجاً علىٰ أن القسمة إفراز حق ؟ قلنا : ليست المهايأة علىٰ صورة القسمة الصحيحة أيضاً ؛ فإن القسمة/ ينتجز فيها الأقساط والحصص ، ويفرض تعديلها وتنزيل الشركاء عليها ، والمنافع توجد شيئاً ي ٢٠٦

---

(١) في الأصل : كما (بدون واو) .
(٢) المهايأة : المناوبة ، وهي نوع من قسمة المنافع بين مستحقيها . (ر. طَلبة الطلبة : ٢٥٩).
(٣) سقطت من الأصل .

فشيئاً ، وليس من التعديل مقابلة واقع منتجز بمتوقع .

٤١٧٩ـ وذهب بعض أصحابنا إلى الإجبار على المهايأة ؛ لأن الضرورة ماسّةٌ إليها عند تنازعِ الشركاء ، ولو لم يجبر عليها ، لتعطلت المنافع . وهـٰذا بعيد عن القياس ، ولـٰكن مبناه على الحاجة الحاقّة العامّة ، وقد نميل عن مسلك القياس بمثل ما ذكرنا .

٤١٨٠ـ فإن قلنا : لا إجبار على المهايأة ، فلو تهايأ شريكان على التراضي واستوفىٰ أحدهما المنفعة في النوبة التي قُدّرت ، ثم أراد الرجوعَ فيما توافقا عليه ومَنْعَ شريكِه من استيفاء المنفعة في نوبته ، فله ذلك ، ولـٰكنه يغرَم لشريكه قيمةَ حصته من المنفعة في النوبة التي استوفاها .

وإن قلنا : بالإجبار على المهايأة ، فإن استوفىٰ أحدُهما النوبةَ الموظفةَ ، لم يكن له الرجوع ، بل تُوفَّر على الشريك مثلُ تلك النوبة . ثم تعتقب النوب الموضوعة ، إلا أن يتراضى الشركاء علىٰ نقضها ، فلابُدّ من اتباع رضاهم .

ثم النوب تطرد إلىٰ غير نهاية ، وهـٰذا من الوجوه الظاهرة/ في الخروج عن القياس . ٢٠٦ ش

ثم إن قلنا بالإجبار على المهايأة ، فلا كلام ، وإن منعنا الإجبار عليها ، واستمر الشركاء على التدافع ، فهـٰذا يؤدي إلىٰ تعطيل المنافع ، فهل يباع عليهم الملك عند الامتناع من المهايأة ، وإدامةِ الطلب ؟ فعلىٰ **وجهين** حكاهما **القاضي** : **أحدهما** ـ أن العين تباع على الشركاء ، لقيام النزاع ، وإفضاءِ الأمر إلىٰ تعطيل [المنافع][1] وهـٰذا وجهٌ ضعيف ، لم أره في غير هـٰذه الطريقة .

والأصح أنه لا إجبار على المهايأة ، ولا على البيع ، وتترك المنافع تتعطل إلىٰ أن يتراضيا .

ولم يذكر أحد من الأصحاب الإجبارَ على الإجارة[2] ، ولعل السَّبب فيه أن الأمد

---

(١) سقطت من الأصل .

(٢) أي إجارة العين محل النزاع .

في الإجارة لا متوقف له ، ولا سبيل إلى التحكّم بهـٰذه[١] ، والإجبارُ يقدر والشريكان متمانعان ، والبيع يرد علىٰ مورد متعين . وكل ذلك خبط ، والوجه نفي الإجبار في المهايأة والبيع .

فَصْلٌ

قال : « وقسمته بينهما إن شاءا . . . إلىٰ آخره »[٢] .

٤١٨١ـ الكلام في هـٰذا الفصل يتعلق **بأمرين** : **أحدهما ـ** التفصيل في قسمة الجدار المشترك ، إجباراً ، واختياراً . **والثاني ـ** القول في قسمة أُس الجدار ومبناه ، إذا كان/ قد انهدم الجدار وانهار . ي ٢٠٧

٤١٨٢ـ فأمّا الجدار المشترك ، فقسمته تفرض علىٰ **وجهين** : **أحدهما ـ** قسمة جميع الطول في نصف العرض ، فهـٰذا النوع لا إجبار عليه **لوجهين** : **أحدهما ـ** أن قسمة الإجبار لو فرضت ، لكان التعيين بالقرعة ، ثم القرعة ربما تخرج علىٰ خلاف ما يقصد في جهة الانتفاع ، بأن تخرج قرعة زيد على الشق الذي يلي دارَ صاحبه ، ولا يتأتىٰ ـ والحالة هـٰذه ـ من واحدٍ منهما الانتفاع المقصود . هـٰذا وجه .

والثاني ـ أن [الإفراز][٣] على الحقيقة لا يتصور ؛ من قبل أنا وإن فصلنا شِقاً عن شق بخط نرسمه فاصلاً بين الشقين ، فلو وضع أحدهما علىٰ شقه جذوعاً ، أو بنىٰ عليه أدّىٰ ذلك [إلىٰ تثقيل][٤] الشق الآخر والتحامل عليه . وهـٰكذا يكون نعت الجدار ؛ فلا تتأتى المفاصلة إذاً .

وذكر **صاحب التقريب** وجهاً بعيداً في الإجبار علىٰ هـٰذا النوع من القسمة ، إذا دعا إليها أحد من الشريكين . ثم قال : « نخصص كلَّ واحد منهما بالحصة التي تليه من غير قرعة » . وهـٰذا بعيد في الحكاية ، وإن كان يتجه بعضَ الاتجاه ، وما ذكرناه من أن

---

(١) كذا ، ولعل تمام العبارة : « ولا سبيل إلى التحكم بهـٰذه الجهة » أو كلمة نحوها .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٤ .
(٣) في الأصل : «الإقرار» والمثبت تقدير منا رعاية للسياق .
(٤) في الأصل : تنقيل .

المفاصلة لا تتحقق ، / فيه نظر ؛ من قِبل اتفاق الأصحاب علىٰ تصحيح القسمة ٢٠٧ ش بالتراضي . ولو كانت المفاصلة لا تتحقق ، لامتنعت القسمة أصلاً .

وما ذكرناه في قسمة الجدار في جميع الطول في نصف العرض .

٤١٨٣ـ فأمّا قسمة الجدار في جميع العرض في [نصف][1] الطول ، فإنها صحيحة مع التراضي ، وهل يجبر عليها الممتنع منهما إذا دعا إليها أحد الشريكين ؟ فعلىٰ وجهين مذكورين في الطرق ، بناهما المرتِّبون على المعنيين اللذين ذكرناهما في الصورة الأولىٰ . فإن اعتمدنا تعطل الانتفاع لأمرٍ يرجع إلىٰ خروج القرعة ، فهٰذا لا يتحقق في الصورة الأخيرة ، فليقع الإجبار على القسمة .

وإن اعتمدنا علىٰ أن المفاصلة لا تتحقق ، فهٰذا المعنىٰ قد يجري في النوع الأخير من القسمة ؛ فلا إجبار إذاً .

٤١٨٤ـ ولو انهدم الجدار وبرز الأُس ، فأراد قسمته ، فالقسمة في جميع العرض في بعض[2] الطول يجري الإجبار عليها ، لفقد المعنيين ، فأمّا القسمة في جميع الطول في بعض العرض ، فإن جرينا علىٰ تعيين حصة كل شريك فيما يليه من غير قرعةٍ ، فالإجبار جائز ، وإن قلنا : لا بُدّ/ إذا فرضت القسمة من إجراء القرعة ، ففي الإجبار علىٰ [القسمة][3] وجهان ٢٠٨ ي مبنيان على المعنيين المذكورين في قسمةِ الجدار نفسه علىٰ هٰذه الصورة .

فَصْلٌ

٤١٨٥ـ إذا انهدم الجدار فعمّراه ، وأعاداه بالأعيان التي كانت في الجدار ، من غير مزيدٍ ، واستويا في العمل وفي الاستئجار عليه ، واشترطا أن يكون الثلثان لواحد ، والثلث لآخر ، فهٰذا الشرط لغوٌ ، والجدارُ نصفان كما كان . ومن رضي بالنقصان

---

(١) في الأصل : «بعض» ثم هٰذا هو الوجه الثاني من وجهي القسمة .

(٢) الصورة هي في حالة الجدار بين اثنين ، فـ(البعض) هنا إما أن يراد به النصف ، أو يقدّر أن بعض أجزاء الجدار تختلف عن بعض ، هٰذا إذا لم تكن كلمة (بعض) مصحفة عن (نصف) في هٰذا الموضع وفي الذي يليه .

(٣) في الأصل : القرعة . والمثبت من هامش الأصل .

منهما واعدٌ هبةً ، فإن وفَّىٰ بها ، فذاك ، وإلا ، فلا طَلِبَة عليه .

٤١٨٦ـ ولو اختص أحدهما بالإعادة ، وشرط أن يكون الثلثان من الجدار له ، فتقدير ذلك مقابلة عمل العامل على الثلث الذي يقدّر بقاؤه ، وللذي لم يعمل بالسدس من ملكه في الجدار ، فالسدس إذاً أجرةُ العمل على الثلث . وهـٰذا سائغٌ ، علىٰ شرط تقدير ذلك من الأساس والنقض ؛ حتىٰ تكون الأجرة عتيدة .

ولو فرض ربط الأجرة بالسدس بعد البناء ، لم يصح ؛ فإن هـٰذا تعليق في عين .

٤١٨٧ـ وذلك إذا لم يجدّد العاملُ عيناً في الجدار من ملك نفسه ، فلو جدد ، وليقع الفرض فيه إذا أعاد الجدار بأعيانٍ من/ عند نفسه من غير أن يستعمل شيئاً من النقض ـ فهـٰذه المعاملةُ يتدبرها النّاظر تصوراً ، ثم لا يخفى الحكم فيها . فالعامل كأنّه يبيع ثلثَ الأعيان التي أتىٰ بها ، ويضم إليها عملَه فيها ، والعوض المقابل السدس من أس الجدار .

ش ٢٠٨

هـٰذا تقدير المعاملة ، وهي مشتملة على الجمع بين العين والمنفعة ، وهو من صور تفريق الصفقة . والتنبيه كافٍ فيما ذكرناه .

ولا بد في الصورة الأخيرة من تعيين الأعيان ، والإشارة إليها علىٰ سبيل الشيوع ، أو ذكرِها وصفاً علىٰ سبيل السَّلم .

٤١٨٨ـ ثم ذكر **الشافعي** في آخر الفصل أن الشريكين لو اصطلحا علىٰ وجه يصح ، وشرطا أن يحمل أحدهما على الجدار ما شاء ، فهـٰذا الشرط مفسد[1] ؛ فإن الجدار لا يحتمل الوفاء بالشرط ، والقدرُ المحتمل مجهول ، فالشرط فاسد ، وإذا فسد ، أفسد ما يفرض من معاملة .

فهـٰذا طرد المذهبِ علىٰ وجهه في التفصيل .

٤١٨٩ـ وقد ذكر **صاحب التقريب** وجهاً بعيداً في الصورة الأولىٰ ، لا وجه له ، فأخرته ، وأنا الآن ذاكره . قال : لو استويا في الإعادة بالنقض القديم ، ولم يتخصص

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٥ .

أحدهما بمزيدٍ ، فلا يمتنع أن/ ينقص نصيب أحدهما بالتراضي ، وزعم أن المشتركَيْن ٢٠٩ ي
في الدار علىٰ تقدير التشطير ، لو قال أحدهما : بعت نصفي من الدار بثلث الدار من نصفك ، فقال المخاطبُ : قبلت . قال : لا يمتنع أن يحصل بهـٰذه المعاملة أحدهما على الثلثين ، ويبقىٰ للآخر الثلث .

وهـٰذا عندي كلام ملتبسٌ ، لا أصل له . والوجه القطع بفساد هـٰذا النوع من المعاملة .

ولو قال أحد الشريكين لصاحبه مع استمرار الشيوع : بعت نصفي من الدار بنصفك ، فلا يجوز أن يقدر هـٰذا بيعاً[1] ، حتىٰ يترتب عليه تقدير شفعةٍ ، أو غيرها من أحكام البيوع ؛ فإن وضع الشرع في البيع علىٰ إفادة التبادُل ، ولا يتحقق مع اطراد الشيوع ، فلا وجه لما قال إذاً .

فَرْعٌ : ٤١٩٠- إذا استعار رجل جداراً ووضع عليه جذوعاً ، ثم انهدم الجدارُ ، نُظر : فإن أُعيد الجدارُ بأعيانٍ جديدةٍ ، لم يملك المستعيرُ ردَّ الجذوع على الإعارةِ الأولىٰ ، وإن أعيد الجدارُ بنقضه من غير مزيدٍ ، واستعمالِ عين جديدة ، فقد[2] ذكر **العراقيون** وغيرُهم وجهين في أن المستعير هل له ذلك من غير مراجعةٍ ؛ بناءً على الإعارة/ الأولى ؟ ففيه الخلاف الذي ذكرناه . ٢٠٩ ش

ولا ينبغي أن يُعتقد خلافٌ في أن صاحب الجدار ، لو منع من الإعادة يبقىٰ للمستعير خيار . ثم إذا منع ، فلا يغرَم ما يغرَمه لو رفع الجذوع ، ونقض بناء المستعير ، مع بقاء الجدار ، فعاد الخلافُ إذاً إلى الاستمرار علىٰ حكم [الإعارة][3] الأولىٰ . ثمَّ لو فرض إعادة الجذوع تفريعاً علىٰ جواز ذلك ، فلا ينقض المستعير إلا مع ضمان أرش النقصان .

---

(١) في الهامش ما نصه : حاشية : قد يتصور فائدةٌ خارجة عن البيع ، بأن يكون قد حلف ليبيعنّ نصيبه .
(٢) في الأصل : قد ذكر .
(٣) في الأصل : الإعادة .

فصل

قال : « وإن كان السفل في يد رجلٍ ، والعلو في يد آخر ، فتنازعا سقفه . . . إلىٰ آخره »[١] .

٤١٩١- إذا كان السفل في يد إنسانٍ ، والعلو المسامتُ له في يد آخر ، فتنازع صاحبُ العلو والسفل السقفَ الحائلَ بينهما ، نُظر : فإن كان بناء سقف العلو قبل بناء سقف السفل ممكناً ، بأن يفرض سقفٌ عالٍ ، ثم يفرضَ سقف دونه ، بأن تدرج رؤوس الجذوع في وسط الجدار ، وينظم عليها السقف ، فإذا كان هـٰذا التصوير ممكناً ، فالسَّقف الحائل بين العلو والسفل إذا تداعياه ، فهو في أيديهما ؛ فإنه في حكمِ الجزء للعلو أرضاً ، وهو أيضاً في حكم الجزء للسفل سماءً/ وسقفاً ، فصار توسط السقف بين العلو والسفل كتوسطِ الجدار بين دارين ، الواقع سوراً لكل واحدٍ منهما . هـٰذا إذا كان إحداث سقفٍ للسفل ممكناً بعد تقدير سقف العلو . ي ٢١٠

٤١٩٢- فأمّا إذا كان لا يمكن [إحداث][٢] سقف السفل علىٰ وسط الجدار بعد امتدادِه إلىٰ منتهى العلو ، وذلك كالأزَج ، فإنه لا يمكن استحداثُه علىٰ وسط الجدارِ ، فإذا كان كذلِك ، علمنا أن السَّقف بُني أولاً ، واستحدث بعده جدار العُلو وسقفُه ، فالسقف في هـٰذه الصورة في يد صاحبِ السُّفل .

٤١٩٣- وممَّا يجبُ تأمله فيما قدمناه من تفصيلِ القولُ في التنازع في الجدار الممتدّ بين الدارين : ذكرنا تفصيلاً في الأَزَج ، وجعلنا الأَزَج المبني على الجدار المستوي بمثابة الجذوع التي توضع بعد تمام بناء الجدار ، [والأزج][٣] الذي قوّس له الجدار من أسّه هو المعتبر ، وهـٰذا التفصيل لا وقع له فيما ذكرناه في السفل والعلو ؛ فإن الجُدران المحيطةَ بفضاء السفلِ لا نزاع فيها ، وهي مختصة بيد صاحبِ السفلِ ، والأَزَج هو

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٥ .

(٢) زيادة من المحقق ، رعاية للسياق .

(٣) في الأصل : والجدار . وهو سبق قلم .

الذي فيه الكلام ، وقد/ تبين أنه [ما][1] بُني أرضاً للعلو ، وإنما تم بناء السفل ٢١٠ ش بالأَزَج ، ثم كان استحداث العلو بعده ، فلم يكن الأَزَج مضافاً إلى العلو والسفلِ ، علىٰ قضية الاستواء أرضاً وسماءً . وهـٰذا بيّنٌ .

٤١٩٤ـ فإن كان السقف كما ذكرناه في القسم الأوَّل ، وحكمنا بأنه في أيديهما ، فلا خلاف أن صاحب العلو يجلسُ عليه ، ويضع عليه أثقاله على الاعتيادِ في مثله ، وهـٰذا انتفاعٌ بالمشتركِ ، وقد تقدم امتناع الانتفاع بالمشترك ، ولـٰكن هـٰذا منزَّل على الاعتياد في مثله .

واتفق الأصحابُ علىٰ أن صاحبَ السفل ، لو أراد تعليق شيء من السَّقفِ ، لم يمنع منه ، والسَّبب فيه أن صاحب العلوّ انتفع بالسّقف ، وملك تثقيله بنفسه وأمتعته ، فملك صاحبُ السفلِ مساواتَه في تعليق الأثقال في السَّقف ، وهما محمولان علىٰ حكم العادة في الباب .

هـٰذا هو المذهب الظاهر .

ومن أصحابنا من لم يجوز لصاحب السفل تعليقَ ثقل في السّقف ، ويُلزمه أن يكتفي بالاستظلال من السَّقف . ومن أصحابنا من قال : إن أمكن التعليق من غير/ إثبات وتدٍ ٢١١ ي في جرْم السّقف ، جاز ، مع اجتناب السَّرَف ، ولزومِ الاقتصاد ، فأما إثبات الوتد في جِرم السقف ، فممتنع .

فتحصل ثلاثةُ أوجهٍ علىٰ ما ذكرناه .

٤١٩٥ـ والذي يجب الاعتناء به صرفُ الفكر بين الجدارِ الممتد الواقع بين الدارين سوراً لهما ، وبين السقف الفاصل بين العلوّ والسفلِ ، فنقول :

أصل الفرق لابُدّ منه ؛ فإن جلوس صاحب العلوّ ، ووضعَه الأثقالَ على السّطح انتفاعٌ ظاهر مؤثر في السقف ، وهو مسوَّغ بلا خلاف ، ولا يجوز مثله في الجدار الممتد بين الدارين ، والسبب فيه أنا لو منعنا صاحبَ العلو ممّا ذكرناه ، لتعطل العلو ، فكان هـٰذا في حكم الضرورة ، من وضع العلو والسفل ، ثم ثار الاختلاف بين

---

(١) في الأصل : لما .

الأصحاب في صاحب السفلِ ، ثم حاولوا أن يسوّوا بين صاحب السفل والعلوّ ، فكان الظاهرُ تمليكَ صاحبِ السفل تعليق شيء في السقف ، ليوازي صاحبَ العلو في تثقيل السقف . ومنع مانعون ذلك ، صائرين إلىٰ أن الاستظلال في حق صاحب السفلِ هو قدْرُ الضرورة ، وفصَل فاصلون/ بين نصب الوتِد والتعليق وغير ذلك، كما قدمناه . ش ٢١١

٤١٩٦ـ وكان **شيخي** يقول : إذا منعنا صاحب السفلِ من نصبِ وتِد في الوجه الذي يليهِ من السقف ، فنمنع صاحب العلو في العلو من [غرز][١] الوتِد أيضاً ؛ إذ لا ضرورة فيه . وإن جوزنا لصاحب السفلِ نصبَ الوتِد في الوجه الذي يليه ، فهل يجوز ذلك لصاحب العلو ؟ فعلىٰ **وجهين** ؛ فإن صورة التعليق قد تُحوج إلىٰ نصب وتِد ، ولا يتحقق مثلُه علىٰ هـٰذا النسق في حق صاحب العلو .

وما اختلف الأصحاب فيه من التعليق ، فيما يُقدَّر له أثر ، فأما ما لا أثر له كتعليق ثوب ، أو غيره ممّا لا يؤثر علىٰ طول الدهر في السقف ، فلا منع منه ، ولا يُدرج في الخلاف الذي حكيناه ؛ إذ هو بمثابة الاستناد إلى الجدار المشترك الممتد بين الدارين .

وقد يتعلق بهـٰذا الفصل أحكام من عمارة الأملاك المشتركة .

فَصْلٌ

٤١٩٧ـ الأملاك المشتركة إذا استرمَّت[٢] ، ومست الحاجة إلى العمارة ، فإن توافق الشريكان على العمارة ، أو علىٰ تركها ، فلا كلام .

ي ٢١٢ وإن امتنع أحدهما عن العمارة ، ودعا الثاني [إليها][٣] ، ففي إجبار/ الممتنع عن العمارة **قولان** : **أقيسهما** وهو المنصوص عليه في **الجديد** ـ أنه لا يجبر الممتنع ؛ فإن [الملك][٤] المشترك يشتمل علىٰ ملك الممتنع وعلىٰ ملك غيره ، ويبعد أن يجبر

---

(١) في الأصل : غير . والمثبت تقدير منا علىٰ ضوء المعنىٰ .
(٢) استرمت : أي احتاجت إلىٰ ترميم وإصلاح ، وفي هامش الأصل : استهدمت والمعنىٰ واحد ، فاستهدمت أي آلت إلى الهدم ، وأوشكت عليه .
(٣) زيادة من المحقق .
(٤) زيادة من المحقق .

لملكه ، كما لو انفرد بملك شيء ، ويبعد أن يجبر لملك غيره .

والمنصوص عليه في **القديم** أن الممتنع يُجبر على العمارة ، وهٰذا القول مبني علىٰ مصلحةٍ عامة لا سبيل إلىٰ إنكارها ، ولو لم يفرض الإجبارُ ، لأفضىٰ إلىٰ ضرر بيّن ، سيّما في القنوات ، وما في معناها من الضِّياع وغيره . وإن كنا نجبره على القسمة لضرر المداخلة في المساهمة ، فالضرر بترك العمارة أشد وأعظم .

التفريع على القولين :

٤١٩٨ـ إن جرينا على **الجديد** وفرضنا الكلام في العلو والسُّفل ليقيس النّاظر علىٰ محل الكلام ما في معناه ، قلنا : لو انهدم العلو ، والسفل ، وامتنع صاحب السفل من العمارة ، لم نجبره ، فإن قال صاحب العلو لصاحب السفل : أنت حامل ثِقْلي ، فأعد الأمر إلىٰ ما كان ، واحمل ببناء السفل ثِقْل العلو ، لم نجبه إلىٰ مراده في إجبار صاحب السفل ؛ فإن جدران السفل خالصُ ملكه ، فلم يُجبر علىٰ إعادتها . وما ذكره صاحب العلو من حقه/ مردود عليه ؛ فإن ذلك إنما يثبت إذا بُني السفل ، فأمّا الإجبار علىٰ تحصيل السّفل لمكان العلوّ ، فلا سبيل إليه علىٰ هٰذا القول . ٢١٢ ش

٤١٩٩ـ فلو قال صاحب العلو : أنا أبني السُّفل ، وأعيد عليه علوي ، فلا يمتنع عليه البناء ، وإن كان ذلك تصرفاً في ملك صاحب السفل ؛ فإنا إن كنا لا نلزم صاحب السفل شيئاً ، فإبطال حق صاحب العلوّ محال ، ومنعه من التوصل إلىٰ حقه في العلو ببناء السفل تعطيلٌ لصاحب العلو .

ثم لا يخلو إما أن يعيد السفلَ بالنقض القديم من غير مزيدٍ ، وإمّا أن يُدخل فيه أعياناً من ملك نفسه ، وأي الأمرين فعل لم يُمنع منه . أجمع الأصحاب عليه ، لما ذكرناه ؛ لأن المنع من ذلك تعطيل لحقه .

٤٢٠٠ـ ثم ينظر : فإن بنىٰ بالنقض القديم ، وكانت أعيان السقف الفاصل بين السفل والعلو عتيدة ، فلصاحب السُفل أن يأوي إلىٰ سفله ، وينتفع به علىٰ حسب ما كان ينتفع به قبلُ [من][1] المسكن والاستظلال .

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .

فلو قال صاحب العلو : اغرَم لي أجرة البانين ، لم يُجب إلىٰ ذلك . وإن قال : أمنعك من السكون[(١)] ، لم يجب إلىٰ ذلك ؛ فإنه أوىٰ إلىٰ ملك نفسه . وإن قال : إذا كان/ كذلك ، فأنا أنقض بنائي ، وأرُدُّ الأمرَ إلىٰ ما كان ، نُظر : إن لم يأت بعينٍ جديدة في البناء ، فليس له نقضه ؛ إذْ ليس له في الجدار إلا حقُّ الصنعة ، وقد كان انفرد بها ، ولا سبيل إلى استدراك الصنعة ، فالصنعة[(٢)] لا تستدرك .

ي ٢١٣

وإن كان أعاد جدران السفل بأعيانٍ من عند نفسه ، [فله نقضه][(٣)] ، وليس له منعُ صاحب السفل من السكنىٰ إلى اتفاق النقض ؛ لأنه يقول : أنا أدخل ملكي ، فلا سبيل إلىٰ منعه ، ثم حيث نمنعه من النقض ـ وذلك إذا لم يحدث عيناً في البناء ـ فلو هدم ، فالمذهب أنه يغرَم ما ينقصُه النقض ؛ فإنه إذا بنىٰ ، فقد انقطع عمله ، والبناء علىٰ صفته مملوك لصاحب السفل ، فإذا هدمه ، كان جانياً علىٰ ملك غيره . وسنمهد هـٰذه القاعدة في كتاب الغصوب ، ونذكر فيها ضبطاً لبعض الأصحابِ ، إن شاء الله تعالىٰ .

٤٢٠١ـ ولو كان بنى السفل بأعيان ملكه ، فالذي ذهب إليه الأصحاب أنه لا يمنع صاحب السفل من الانتفاع بالسفل سُكنىٰ ، وليس للباني إلا النقضُ ، والرجوعُ إلىٰ عين ماله .

ش ٢١٣

وذكر **صاحب التقريب** وجهاً أن لصاحب العلو/ الباني [منع][(٤)] صاحب السفل فيقول له إما أن تبذل قيمة أعيان ملكي ، وإما أن تنكف عن الانتفاع بها ، وإذا دخلت السفل ، فقد انتفعت بالسقف والجدران ، وهي من أعيان ملكي ، وقد بنيتُ ولي البناء .

وهـٰذا وجهٌ غريبٌ غيرُ معتد به ، والمذهب والقياسُ ما قدمناه ، من أن الباني لا يملك إلا نقضَ البناء ، فأما المنع من الانتفاع ، فلا . والذي ذكره **صاحب التقريب** يشبه قياس المصالح ، والمصلحة تقتضي الإجبارَ على العمارة . وتفريعنا على **الجديد** .

---

(١) أي السكن .
(٢) في الأصل : والصنعة .
(٣) في الأصل : فلم يقضه .
(٤) في الأصل : مع .

٤٢٠٢ـ فأما إذا قلنا بالقول الثاني ، وهو أن الممتنع مجبر على العمارة ، فلسنا نعني بها عمارةً تجلبُ مزيداً ، فإنا لو أجبرنا عليها ، فقد لا نجد لها موقعاً ، [سيما في][(١)] ، وإنما الإجبار على العمارة التي لو تركت ، لاختل الملك بتركها ، ثم قد يتداعى الخلل .

فإن اتفق إجباره ، فلا كلامَ ، وإن لم يصادفه ، فالقاضي يبيع عليه ماله إن وجده ، وإن لم يجد له مالاً ، فله أن يستدين عليه ، وله أن يأذن للشريك في الإنفاق علىٰ شرط الرجوع على الشريك الغائب .

ثم الأولىٰ أن يُشهد علىٰ ما يجري ليكون/ أقطعَ للخصومة . ولو لم يُشهد ، وأنكر صاحبه ، [إذْ ذاك][(٢)] يكون القول قول المنكر مع يمينه ، فإن استبد الشريك ، وأنفق بنفسه من غير مراجعة القاضي ، فالذي قطع به معظم الأصحاب أنه لا يرجع علىٰ شريكه . ٢١٤ ي

وذكر **شيخي** وصاحب **التقريب** وجهاً آخر أن للشريك أن ينفرد بالعمارة ، ويرجع ، وهـٰذا الوجه خرجوه علىٰ ظفر صاحب الحق بغير جنس حقه ؛ فإنا في وجهٍ نجوّز له الانفرادَ ببيع ما ظفر به ، واستيفاءِ الحق من ثمنه .

وقال قائلون : إن أمكنه مراجعة الحاكم، [فليس له][(٣)] أن يستبد إذ ذاك بالإنفاق . وهـٰذا أعدل الوجوه ، وله التفات إلىٰ هرب الجمَّال واستئجار صاحب المتاع جمَّالاً ، وستأتي تلك المسألة، إن شاء الله تعالىٰ .

٤٢٠٣ـ ثم قال الأئمة : كما اختلف القول في الإجبار علىٰ عمارة الملك المشترك ، كذلك اختلف القول في أن صاحب السفل هل يُجبَر على العمارة ، مع العلم بأن السُّفل خالصُ حقه . ولـٰكن يتعلق [ببنائه][(٤)] حقُّ صاحب العلو ، فجرى الإجبار

---

(١) ما بين المعقفين إما أنه جزء من جملةٍ لم تتم ، أو هو مقحم في الكلام ، فالعبارة مستقيمة بدونه .

(٢) في الأصل : إذا أن ذلك . والمثبت اختيار منا علىٰ ضوء السياق .

(٣) في الأصل : فله أن يستبد . والمثبت تقديرٌ منا نرجو أن يكون هو الصواب . بل تأكد أنه الصواب ، عندما اطلعنا علىٰ عبارة النووي في الروضة : ٤/ ٢١٧ .

(٤) في الأصل : بنيانه .

على القول **القديم** على العمارة ؛ لمكان حق البناء لصاحب العلو .

ش ٢١٤ وإذا فرعنا/ على القول **القديم** ، فبنىٰ صاحب العلو السفلَ بأعيان ملكه ، فلو أراد نقضَه ، فقال صاحب السفل : لا تنقضه ، وأنا أغرَم لك قيمة أعيان ملكك ، فأبى الباني إلا النقضَ ، فقد أجمع الأئمة في الطرق علىٰ أنه يُمنع من النقض على **القديم** ، ونسعف صاحب السفل فَنَقْنَع منه ببذل القيمة ؛ فإنا نفرع على القول **القديم** ، ومبناه علىٰ رعاية المصلحة ، والمصلحة تقتضي ما ذكرناه .

فصل

٤٢٠٤ـ إذا ملك الرجل بيتاً ، فجاء رجل واشترىٰ منه حقَّ البناء علىٰ سطحه ، فقد أجمع أصحابنا علىٰ جواز ذلك ، ودلَّ عليه نص **الشافعي** . ثم الذي أطلقه الأصحاب أنَّ[1] هـٰذا بيعٌ ، واتفقوا علىٰ أنه لا يعتمد ملكَ عين ، ولم يمتنعوا من تأبيد العقد ، والقضاءِ بلزومه ، وترددوا في جواز إنشاء هـٰذا العقد بلفظ الإجارة ، فجوز بعضهم ذلك ، وامتنع آخرون مصيراً إلىٰ أن الإجارة في وضع الشرع تستدعي إعلام المقصود[2] بطريق النهاية ، وذلك يحصل بضرب المدّة تارة ، وبذكر عملٍ متناهٍ أخرىٰ : مثل الاستئجار علىٰ خياطة الثوب ونحوها .

ي ٢١٥ فإن قيل : ما/ وجه تسمية هـٰذه المعاملة بيعاً ، ومقصودُها منفعة ؟ قلنا : البيوع وإن كانت في الظاهر ترتبط بأعيانٍ تقضي بجريان الملك فيها ، فنهاية المقصود ترجع إلى الانتفاع ، وملكِ التصرف ، وهو ضربٌ من الانتفاع ، ولـٰكن أضيفت المنافع إلىٰ عينٍ هي متعلّقها ، وُضع[3] عن جميع حقوق المنافع فيها بلفظ الملك .

٤٢٠٥ـ قال **المحققون** : هـٰذا النوع الذي نحن فيه بيعُ حقوق الأملاك ، وقد قال **الشافعي** رضي الله عنه : الإجارة صنفٌ من البيوع ، وذهب **المحققون** إلىٰ جواز عقد

---

(١) في الأصل : في أن . بزيادة لفظ (في) .

(٢) أي المقصود بالعقد .

(٣) وضع : أي اصطلح ، وتووضع ، وعُبِّر .

الإجارة بلفظ البيع ، ومعتمد المذهب في ذلك مسيس الحاجة إليه ، وهو مضنون به ، يهون بَذْلُك العوضَ في مقابلته . ثم إنما ينتظم هـٰذا النوعُ من الانتفاع بالتأبيد ، كما أن مقصود النكاح ينتظم بالتأبيد ، ولا ضرورة إلىٰ تأبيد الاستئجار للسكون[1] وغيرِه من جهات الانتفاع ، والأبنية[2] [وضْعُها][3] التأبيد . ويجوز الوصية بالمنفعة أبداً ؛ فإنا نحتمل في الوصية ما لا نحتمله في المعاملات . فهـٰذا عقد المذهب .

٤٢٠٦ـ وذهب **المزني** إلىٰ أن هـٰذه المعاملة فاسدة ، لخروجها عن قضية الإجارة والبيع جميعاً ، وهـٰذا معدود من مذهبه المختص[4] به ، لم يخرِّجه/ **للشافعي** . ٢١٥ ش واحتج **المزني** بأن قال : لو أخرج الرجل جناحاً في ملك غيره بعوض ، لم يصح ذلك ، فليكن ما نحن فيه بهـٰذه المثابة .

قلنا له : ما استشهدتَ به يعتمدُ الهواءَ المحضَ ، وأمّا حق البناء ، فإنه يتعلق بعينٍ ، والدليل عليه أن **المزني** لا يمنع استئجار بقعةٍ مدةً معلومة للبناء عليها ، ولا يجوز فرضُ مثل هـٰذا في إشراع الجناح ، فبان افتراق الأصلين ، في باب جواز المعاملة ، في جواز أحدهما ونفيه في الثاني ، وآل الكلام بعد ذلك إلىٰ أنا نجوز تأبيد المعاملة للحاجة الماسة ، كما تقرر ، ولا [نمنع][5] أيضاً من تقرير هـٰذه المعاملة إن وقع التوافق عليها .

٤٢٠٧ـ وينتظم للفقيه في ذلك مراتب : **إحداها ـ** البيعُ . والتأبيدُ مستحق فيه ؛ فإنه يتضمن التمليك الحقيقي ، واستئصالَ حق المتقدم[6] بالكلية .

---

(١) السكون : السكن من وضع المصدر مكان اسم المصدر .
(٢) المراد الأبنية موضوع المسألة ، أي التي تبنىٰ فوق سطحٍ يشترىٰ لذلك .
(٣) في الأصل : وصيغها . وهو تصحيف واضح .
(٤) يميز إمام الحرمين بين شرح المزني لكلام الشافعي ، والتخريج علىٰ نصوصه ، وبين اختيارات المزني ، وتخريجاته علىٰ غير نصوص الشافعي ، ومعاني كلامه ، ويسمىٰ هـٰذا مذهباً للمزني .
(٥) في الأصل : يمتنع .
(٦) كذا . والمعنىٰ : « حق المالك المتقدم » فلعل لفظ (المالك) سقط من الناسخ .

[و][١] هـٰذا يشعر علىٰ[٢] بقاء الملك للمُكري[٣] ، ودخول المستأجر علىٰ وجه الإلمام ، والأصلُ لغيره .

ثم هـٰذا ينقسم إلىٰ ما يجب ضبطه بالنهاية ؛ إذ لا حاجة إلىٰ إثباته دون الضبط ، وفي هـٰذا القسم ضرورات الإجارات ، ويقع في هـٰذا ما يظهر فيه قصد التأبيد ، كما نحن فيه ، ولا يمتنع/ تأقيتُه أيضاً . ي ٢١٦

ومن المراتب ـ ما يقصد فيه المنفعة ، ولـٰكن لا ينتظم أيضاً إثباته علىٰ نعت التأقيت [كالنكاح][٤] ؛ فإن الغرض منه التواصل والتوصل[٥] إلى النسل ، وذلك ينافيه التأقيت . [و][٦] لما كان النكاح يسوغ تأقيته في ابتداء الإسلام ـ لعله[٧] ـ كان يشير إلى اكتفاء بعض الناس بقضاء الأوطار أياماً معدودة ، ثم استقر الشرع على استحقاق التأبيد ؛ ليقع النكاح علىٰ وضعه ، ثم قدرة الزوج على الطلاق تُفيده الاستمكانَ من الخلاص إن أراد .

٤٢٠٨ـ ثم ما ذكرناه من المعاملة لا يختص بحق البناء ؛ إذ لو أراد ابتياعَ حق الممر ، أو حقِّ مجرى الماء ، أو مسيله[٨] في ملكه ، ساغ ذلك كلُّه . والضابط أنها حقوق مقصودةٌ ، تتعلق بأعيان الأملاك .

وهـٰذا يَقُضُّ[٩] من لا خبرة له بالحقائق ، وزعم أن هـٰذه المعاملات بيعٌ ، والمبيع

---

(١) زيادة من المحقق . والإشارة (هـٰذا) إلىٰ ما نحن فيه من بيع حق البناء على السطح .

(٢) كذا . و(على) هنا بمعنى (الباء) أي: «يشعر ببقاء الملك للمكري».

(٣) العبارة فيها نوع اضطراب، وسقط، فالمعنىٰ : «وبيع حق البناء فوق السطح هـٰذا يشبه الإجارة ، فهي تشعر ببقاء الملك للمُكري ، ودخول المستأجر علىٰ وجه الإلمام ، والأصل لغيره » راجع هـٰذا المعنىٰ ، والحكم بأن هـٰذا يشبه الإجارة من جهة ، والبيع من جهةٍ أخرىٰ ، عند الإمام النووي ـ الروضة : ٤/ ٢١٩ وما بعدها . وانظر الأشباه والنظائر للسبكي؛ فقد نقَل هـٰذا الكلام عن النهاية، ورتبه وفصله على نحو ما أشرنا. (ر. الأشباه والنظائر: ٢/ ٣٠٦، ٣٠٧) .

(٤) زيادة من المحقق .

(٥) في الأصل : والتواصل .

(٦) في الأصل : لما كان (بدون الواو) .

(٧) الضمير في «لعله» يرجع إلى (التأقيت).

(٨) في الأصل : أو في مسبله .

(٩) كذا . والمعنىٰ واضح من السياق ، علىٰ أية حال . وإن كنا لم نصل إلىٰ صاحب هـٰذا القول ، =

منها الصفحةُ العليا من الموضع الذي يتعلق الحق به ، وإنما أُتي هـٰذا القائل من ضِيق العَطن[١] ، وبلادةِ الفِطن ، والمصيرِ إلىٰ [أن][٢] ما سماه الشرع[٣] بيعاً يستدعي عيناً مملوكة[٤] .

وقد مهدنا القول في هـٰذا بما فيه أكمل مقنع .

٤٢٠٩ـ ثم إذا تمهدت المعاملة ، فلا بد فيها/ ـ وإن تأبّدت ـ من الإعلام اللائق بها ، فإن كان مقصودها البناء علىٰ جدارٍ ، فلابد من إعلام المبني ؛ فإن الغرض يختلف بذلك ، فتُذكر الجدران طولاً وعرضاً ، وتوصف بكونها مُطبقة أو رَصْفاً ، وتوصف السقوف بما يثبتها ، ولم يشترط معظم أصحابنا ذكرَ الوزن ، وحكىٰ **شيخنا** عن بعض الأصحاب اشتراط ذلك . وهـٰذا غلوٌّ ومجاوزةٌ لحكم العادة في الإعلام . ٢١٦ ش

٤٢١٠ـ ومن اشترىٰ من أرضٍ حقَّ البناء عليها ، فلا حاجة [بعد][٥] تعيين الأرض وإعلام رقعتها إلىٰ إعلام القدر المبني ؛ فإن الأرض تحتمل كلَّ ثقل . وعلىٰ هـٰذا قال الأئمة: لا يجوز أن يقول الباني على العلو : أبني ما أشاء ، ويجوز إيراد المعاملة على الأرض بهـٰذه الصيغة .

٤٢١١ـ ومن لطيف ما يذكر في ذلك أن من اشترى البناء علىٰ علوّ ، وصح له ما يبغيه ، ثم انهدم السفل ، فالقول في عمارة السُّفل والإجبار عليها ، كما تقدم .

٤٢١٢ـ والغرض الآن أن ما اشتراه إذا سُلّم إليه ، وثبتت يده عليه ، ثم فرض التلف ، فلا يكون ذلك بمثابة انهدام الدار المكراة ؛ فإن الإجارة تنفسخ ، وقد تقدّم أن المقصود/ من المعاملة التي نحن فيها منفعةٌ مؤبدة ، فلا انفساخ ؛ إذ لا خلاف أن ٢١٧ ي

= الذي وصفه الإمام بهـٰذه الصفات .

(١) ضيق العطن : قلةُ الحيلة ، والعجزُ (معجم) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) في الأصل : ما سماه علماء الشرع . (وواضح أن لفظ (علماء) مقحمة في الكلام) .

(٤) مملوكة ، أي تملك بعقد البيع للمشتري .

(٥) في الأصل : إلىٰ تعيين . وهـٰذا تقديرٌ منا .

السفل لو أعيد ، فحق البناء ثابتٌ لمستحقه ، والدار لو أعيد بناؤها ، لم تعد الإجارة التي حكمنا بانفساخها .

فخرج مما ذكرناه أن التلف بعد التسليم لا يوجب الانفساخ ، والعوض المأخوذ لا يرتد ، ولـٰكن من أتلف هـٰذا الحق علىٰ إنسانٍ ، ضمن له قيمتَه ، فيقال له : [اغرَم][1] قيمةَ حق البناء علىٰ هـٰذا الموضع .

٤٢١٣ـ ولو باع صاحب السفل حقَّ البناء ، ثم إنه أتلف السُّفل بعد التسليم ، وغرمناه القيمة كما ذكرناه ، وقررنا العوضَ في يده ، فلو أعاد البناء بعد سنةٍ مثلاً ، فيعود حق البناء . ويسترد تلك القيمةَ ، ويُقضىٰ بأنها سلمت في مقابلة الحيلولة ، كما يغرَمُ الغاصب قيمةَ العبد المغصوب إذا أبق ، وإذا رجع استرد العوض المبذولَ علىٰ مقابلة الحيلولة .

٤٢١٤ـ فإن قيل : فهل يغرَم متلفُ السفل لمستحق البناء على العلو أجرةَ البناء للمدة التي دامت الحيلولة فيها ؟ قلنا : لا سبيل إلىٰ ذلك ؛ فإن هـٰذا مما يبعد تبعيضه ، ومن هدم علىٰ رجلٍ داره ، غرِم أرشَ النقض ، ولم يغرَم قيمة/ منفعة [الدار][2] بعد هدمها ، كذلك القول في إتلاف السفل ، وتعطيل حق البناء .

ش ٢١٧

ومن هـٰذا الوجه يُشبّه المعقودُ عليه في هـٰذه المعاملة بالعين المملوكة تتلفُ .

والذي يوضح المقصود : أن حق البناء إذا عاد ، فقيمته ـ وهو مؤبّد ـ لا تنقص عن قيمته قبل هـٰذا بسنين وهو مؤبد ، فإن ما يقدّر لا يُحطُّ مما لا يتناهىٰ .

وليس من حصافة الفقيه أن يقول : قد يستأجر الرجل علواً للبناء عليه عشر سنين ، فلنوجب مثلَ ذلك العوض علىٰ من أوقع الحيلولةَ في تلك المدة ؛ فإن مسألتنا مفروضةٌ فيه إذا عاد إليه الحق المؤبد ، فليفهم الناظر ، [ولْيتأنَّ][3] في هـٰذا المقام .

فَرْعٌ : **٤٢١٥ـ** إذا كان للإنسان حق مجرىٰ ماءٍ في ملك غيره واسترم[4] ذلك

(١) في الأصل : كم .
(٢) في الأصل : الدور .
(٣) في الأصل : « وليتأتي » .
(٤) في هامش الأصل : «واستهدم» (نسخة أخرىٰ) .

[المجرىٰ][(١)] ، فلا يجب علىٰ صاحب [الحق][(٢)] المشاركة في العمارة ؛ فإن تيك العمارة تتعلق بأعيان الملك ، وليست الأعيان لمستحق المجرىٰ .

ولو كان ذلك [الاختلال][(٣)] بسبب جريان الماء ، فعمارةُ المجرىٰ علىٰ مَنْ ؟ هٰذا محتملٌ عندي ، والظاهر أن العمارة لا تجب علىٰ مستحق الجري ، ولعلنا نطلع [في][(٤)] ذلك علىٰ تصرفٍ/ لبعض الأصحاب فنلحقه بهٰذا المحل . ٢١٨ ي

فَصْلٌ

٤٢١٦ـ إذا كان لرجل سُفل دارٍ ، أو سفل خَانٍ[(٥)] ، وما فيه من بيوت ، وأروقة ، وصُفَف[(٦)] ، وكان علو الخان لآخر ، وصاحب العلوّ كان يرقىٰ من درجٍ في السفل إلىٰ علوّه . فلو تنازعا في العرصة هي في يد من ؟ فكيف التفصيل ؟ قال علماؤنا : إن كان المرقىٰ في آخر الخان ، بحيث يخرق الماشي إليه العرصةَ ، فالعرصةُ ـ والحالة هٰذه ـ في يد صاحب السفل والعلو جميعاً ؛ فإنها محل انتفاعهما . أجمع الأصحاب علىٰ هٰذا في الطرق .

وفي القلب من هٰذا أدنىٰ شيء ؛ من جهة أنا لا نلقىٰ لصاحب العلو في العرصة إلا حقَّ الممر ، وقد قدمنا في الفصل السابق أن حق الممر يجوز أن يُشترَىٰ علىٰ حياله ، ووجدنا لصاحب السفل حقُّ الممرّ ، والتبسطُ في العرصة ، بالوضعِ فيها ، والجلوس ، وما شاء من ذلك ، وكان لا يبعد في طريق المعنىٰ ألا يثبت لصاحب العلو

---

(١) في الأصل : الماء . (وهو سبق قلم) .
(٢) زيادة اقتضاها السياق .
(٣) في الأصل : لاحتمالٍ .
(٤) في الأصل : علىٰ .
(٥) الخان : فارسيٌّ بحت ، وهو الحانوت ، وهو موجود في جميع اللغات الشرقية الدارجة ، ويطلق على الدكان ، والمخدع ، والماخور . (هٰذا ما قاله أدّي شير . في معجمه : الألفاظ الفارسية المعرّبة) وفي المعجم الوسيط : فارسي معرّب ، بمعنىٰ : الفندق ، والحانوت ، والمتجر ، والحاكم . قلتُ : والمراد هنا : المتجر .
(٦) صفف : جمع صفة ، وهي الظلة ، والبهو الواسع العالي السقف . (معجم) .

إلا حقُّ الممرّ ، فأمّا الملكُ في رقبة العرصة ، فلا .

ولم يصر إلىٰ هـٰذا أحدٌ من الأصحاب ؛ فإنَّ المقصود الظّاهر من العرصات المرور ؛ والذي يرقى/ إلى العلو لا يلزمه أن يستدّ[1] في مقابلة المرقىٰ ، ولو أراد أن يجلس ساعة ، أو يقف ، فلا منع . وكذلك جرى العُرف بأن صاحب العلو لا يُمنع من وضع شيء في عرصة الخان .

ش ٢١٨

فهـٰذا منتهى القول في ذلك .

٤٢١٧ـ ولو كان المرقىٰ في دهليز[2] الخان ، فتنازعا في ذلك ، فقد ظهر اختلاف الأصحاب في ذلك : فمنهم من قال : اليد فيها لصاحب السفل . ولعله الأصح ، ووجهه بيِّن .

ومنهم من قال : هي في أيديهما ، وهـٰذا الخلافُ قرَّبَه الأصحابُ من التردد الذي ذكرناه في السكة المنسدّة[3] الأسفل[4] ، إذا أشرع بعض السكان جناحاً في أسفل السكة ، فهل يثبت لمن أعلاها حقُّ الاعتراض ، ولا ممرَّ له في أسفل السِّكة ، وهـٰذا التشبيه قريب .

ويمكن أن يقال : العلو محتفٌّ بالعرصة احتفافَ السفل ، والهواء [محتوش][5] بالسفلِ والعلو ، فلا يبعدُ والحالة هـٰذه أن تضاف العرصة إليهما ؛ فإنه يقال : صحن الخان ، وعرصة الخان ، والعلو والسُفل من الخان . وهـٰذا الذي ذكرناه ظاهر فيه إذا كان مالك العلو يحيط ملكه بالعلو كله .

وإن ملك بعضاً منه ، وملك/ إنسان بعضاً من السُفل ، فالاستحقاق من المستحق علىٰ قدر الاستحقاق في السفل والعلو ، على التفصيل الذي ذكرناه .

ي ٢١٩

---

(١) يستد : يستقيم .

(٢) الدهليز : المدخل بين الباب والدار . (معجم) .

(٣) في الأصل : المفسدة . وهو تصحيف عجيب .

(٤) في الأصل : الأسفل فيه إذا .

(٥) في الأصل : مخصوص . والمثبت من نسخة أخرىٰ (بالهامش) .

٤٢١٨ـ ولو كان المرقىٰ علىٰ نصف العرصة لا في صدر الخان ، فإن قلنا : اليد في العرصة لهما لو كان المرقىٰ في الدهليز ، فما الظن بهـٰذه الصورة ؟ وإن قلنا : يختص باليد على العرصة صاحب السفل ، إذا كان المرقىٰ في غير الدهليز ، فاليد تثبت لصاحب العلوّ علىٰ ما يُسامت ممشاه من العرصة ، وفيما وراء المرقى التردد الذي ذكرناه في أعلى السكة وأسفلها .

وهـٰذه الصورة علىٰ حالٍ أولىٰ بأن تثبت اليد فيها لصاحب العلو علىٰ ما لا ممشىٰ له فيه من العرصة .

٤٢١٩ـ ولو كان مرقى العلو خارجاً من خِطة الخان ، فيبعد ـ والحالة هـٰذه ـ أن يثبت لصاحب العلو يدٌ في العرصة ، وليس كما لو كان المرقىٰ في الدهليز ؛ فإنَّ الدهليز من العرصة ، فكان من العرصة كأعلى السكة من أسفلها .

هـٰذا قولنا في العرصة وثبوت اليد فيها .

٤٢٢٠ـ فأمّا الدرج والمرقىٰ ، فقد قال الأصحاب : إن لم يكن لصاحب السفل به انتفاع ، ولم يكن تحته/ بيت مسكون ، فاليد في المرقىٰ لصاحب العلوّ فحسب . وإن كان ينتفع صاحب السفل بالدرج ، بأن كان يصفف عليها الصفريّات[1] وغيرها ، ففي المسألة **وجهان** : **أحدهما** ـ أن اليد لصاحب العلو، كما ذكرناه .

٢١٩ ش

والثاني ـ أنهما مشتركان ؛ فإنهما مشتركان في المنفعة .

والأصح الأول ؛ فإن الدرج لا تبتنىٰ لذلك ، وإنما تبنىٰ للرقي فيها .

ولو كان تحت المرقىٰ بيت ، وهو سقفه ، فاليد لهما في الدرج ؛ فإنها سقفُ أحدهما من جهة ، وممرّ الآخر من أخرىٰ ، فصار كالسقف من السفل والعلو .

ولو كان لا ينتفع صاحب السُّفل إلا بوضع الجدار والكيزان[2] تحت الدرج مستظلاً

---

(١) الصُّفر (بضم الصاد) : النحاس ، وفي (اللسان) : قال الجوهري : الذي تُعمل منه الأواني. ا.هـ والمقصود هنا الأواني النحاسية . (ولعلها كانت وسيلة لعَرْض البضائع وحفظها).

(٢) الكيزان : لم أصل إلىٰ معنىً لوضع (الكيزان) تحت الدرج ، والاستظلال بها . وعلىٰ فرض أن الضمير يعود على الجدران ليكون الاستظلال بها ، فما معنى اختصاص الكيزان وحدها =

بها ، فالظاهر أن ذلك لا يوجب له يداً في الدرج ، وفيه شيء بعيد .

٤٢٢١ـ وأصل الدرج في يد من الدرج في يده ؛ فإن مغرس الشجر ، وأسَّ الجدار في يد من له اليد في الشجرة والجدار .

وقد نجز الغرض من المسائل المقصودة في الصلح . وذكر **المزني** فصولاً معادة ، قليلةَ الفائدة ، سنجمعها في فصلٍ في آخر الكتاب .

فصل

ي ٢٢٠ **قال : « وإن كان لرجلٍ شجرةٌ ، أو نخلةٌ ، فاستعلت أغصانُها. . ./ إلىٰ آخره »**[١] .

٤٢٢٢ـ إذا غرس الرجل شجرة في ملكه ، فعلت وانتشرت أغصانها في هواء ملك الغير ، فله أن يمنعه من ذلك ؛ فإن هواء ملكه حقُّه ، وإن أمكن صرفُ الأغصان عن الهواء ، بأن تضم إلى الشجرة ، كفىٰ ذلك ، وإن كان لا يتأتىٰ تفريغ الهواء إلا بقطع الأغصان ، فلا بد من قطعها ، إذا طلب صاحب الهواء تفريغه .

وانتشار العروق تحت الأرض ، كانتشار الأغصان في الهواء ، والأرض أولىٰ بالتنقية ؛ فإنها مملوكة ، والهواء حق الملك، والشكاير[٢] التي تنبت على العروق المنبثة لمالك العروق ، وإن حدثت في ملك الغير ، خلافاً **لأبي حنيفة** .

= بالوضع تحت الدرج ؟ ولعل في الكلام تصحيفاً . أو أن الكلمة (عامية) من ألفاظ التجار في ذلك العصر . هـٰذا مع أننا لم نجدها في معاجم المعرب والدخيل (للشهاب الخفاجي ، وأدّي شير ، والجواليقي) .

وعبارة الرافعي : « وإن كان تحته (الدرج) موضع حب أو جرَّة ، فوجهان. . . والأصح أنه لصاحب العلو ، لظهور بنائه لغرض صاحب العلو ، وضعف منفعة صاحب السفل » : فتح العزيز : (١٠/ ٣٣٦ بهامش المجموع) .

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٥ .

(٢) الشكاير : جمع شكيرة ، وهو ما ينبت حول الشجرة من أصولها . (معجم).

فصل يجمع المسائل التي ذكرها المزني

٤٢٢٣ـ ونحن نورد صورها ، ونرمز إلى المُعاد ، ونذكر ما يشتمل علىٰ فائدةٍ جديدة . فممَّا ذكره : أن[(١)] من صالح عن دراهمَ بدنانير ، أو عن دنانير بدراهم ، أو عن عين بدين ، أو عن دين بعين ، وكل هـٰذا ممَّا تقدّم . وممَّا زاده أنه إذا جرى القبض في المجلس ، فيتعلق القول بتفريق الصفقة[(٢)] .

٤٢٢٤ـ وممَّا ذكره أن من ادعىٰ داراً في يد إخوةٍ ، وكانت تحت/ أيديهم علىٰ حكم الإرثِ في الظاهر ، فقال المدعي : هـٰذه الدار لي ، كان غصبها أبوكم مني ، فلو صدقه أحدُ الإخوة ، وكذبه [الآخران][(٣)] . فيثبت الثلث بتصديق ذلك المصدق . ٢٢٠ ش

فلو صالحه الأخ المقِر علىٰ جميع الدار ، فنقول : أما صلحه عما في أيدي إخوته ، فسبيله كسبيل صلح الأجنبي عن العين المدعَىٰ عليه مع إنكاره ، وقد مضىٰ ، فإن صححناه ، فذاك، وإن أبطلنا الصلح في حق الآخرين ، فهل يصح في حقه ؟ فعلىٰ قولي تفريق الصفقة ، وقد مضىٰ هـٰذا في تأصيل الكتاب .

فَصْلٌ[(٤)]

٤٢٢٥ـ إذا ادعىٰ علىٰ رجلين داراً ، فأقر له أحدُهما بنصيبه ، وأنكر الثاني ، فقد ثبت النصف بحكم الإقرار للمدَّعي ، فلو صالحه المقر عن النصف الذي أقر به علىٰ مالٍ ، فالصلح صحيح بينهما . فلو قال الأخ المنكر : آخذ هـٰذا النصف بالشفعة ، نُظر : فإن كان سبب استحقاق كل واحد منهما مخالفاً لسبب استحقاق الثاني ، فيثبت

---

(١) لفظة (أنّ) لا موضع لها هنا، فالكلام بدونها مستقيم، والفقرة كلها فيها شيء.

(٢) واضح أن هنا سقطاً في الكلام ، فأي تفريق للصفقة إذا جرى القبض في المجلس ؟ ولعلها : « فإن جرى القبض في المجلس في بعضٍ ، وبقي بعضٌ ، فيتعلق القول بتفريق الصفقة » والله أعلم .

(٣) في الأصل : الآخر . والمثبت تقدير منا رعايةً للسياق .

(٤) في هامش الأصل : فرع ـ في نسخة أخرىٰ .

للمنكر حقُّ الشفعة ، كأن كان أحدهما اشترىٰ نصيبه ، والثاني ورثه من جهةٍ أخرىٰ ، أو اتّهبه . والسَّبب فيه/ أن السبب إذا اختلف ، فليس في إنكار المنكر في نصيبه تكذيبُ المدعي في نصيب صاحبه ، وإن كان ثبت حقهما ظاهراً من جهة واحدة لا تنقسم كالإرث مثلاً ، فإذا ادّعىٰ عليهما ، فأقر أحدهما ، وأنكر الثاني ، ففي [ضمن][1] إنكار المنكِر تكذيبُ المدّعي في جميع دعواه ، فإذا جرى الصلحُ ، وحكمنا بصحته بين المدّعي والمقر ، فالمذهب الظاهرُ أنه لا يثبت حق الشفعة للمنكر ، وأبعد بعض أصحابنا فأثبت له الشفعة ، وهـٰذا بعيد ، لا أصل له ؛ فإن الإنسان مؤاخذ بحكم قوله في حق نفسه .

ي ٢٢١

٤٢٢٦ـ وممَّا ذكره **المزني** أن من ادعىٰ داراً في يد إنسانٍ ، فأقر المدعىٰ عليه بها ، ثم صالحه علىٰ أن يبني[2] علىٰ سطحها ، [جاز][3] ، وهـٰذا كلام عري عن التحصيل ، وحاصله أنه أقر بالدار ، ثم طلب منه أن يُعير منه سقفها ليبني عليه ، وليس هـٰذا مما يورد في المختصرات .

٤٢٢٧ـ وممَّا ذكره **المزني** نقلاً عن كتاب أدب القاضي[4] أن **الشافعي** قال : «لو كان البيت علوُّه لواحد ، وسفلُه لآخر ، فأرادا أن يقتسماه علىٰ أن يصير العلوّ لصاحب السُّفل ، والسفل لصاحب/ العلو ، قال **الشافعي** : لا يجوز ذلك» . وإنما نقل هـٰذا تأكيداً لمذهبه في أن حق البناء لا يجوز بيعه ، وهـٰذا كلام مضطرب ؛ فإنه يجوز بيع العلو بالسفل ، وإنما أورد **الشافعي** هـٰذا في سياق ما لا يجبر عليه من أنواع القَسْم ، وعد منها ما نقله ، ولم يُرد منعَ التبادل إذا صدر عن تراضٍ منهما ، ثم أنَّىٰ هـٰذا من مراد **المزني** في

ش ٢٢١

(١) في الأصل : ضمان .
(٢) أي المدعىٰ عليه المقر ، كما هو صريح لفظ النووي : الروضة : ٤/ ٢٢١ .
(٣) سقطت من الأصل ، وزدناها ، حيث لا يتم الكلام بدونها . وهـٰذا لفظ النووي في المرجع السابق نفسه . والمزني يمنع ذلك ، بناءً علىٰ أصله في منع بيع حق البناء على السطح . (مختصر المزني : ٢/ ٢٢٥) .
(٤) ر. مختصر المزني: ٢/ ٢٢٦ . ونص عبارته: «هـٰذا عندي غيرُ منعه في كتاب أدب القاضي أن يقتسما داراً على أن يكون لأحدهما السفل، وللآخر العلو، حتى يكون السفل والعلو لواحدٍ».

بيع حق البناء ، والمسألة التي نقلها في بيع العلو بالسفل ، والعلو مبني كالسفل .

٤٢٢٨ـ ومما نقله **المزني** مسألة معادة في شراء الزرع[١] ، ونحن نطردها بمزيد فائدة فيها ، فنقولُ : إذا ادّعىٰ رجل علىٰ رجل زرعاً في أرضٍ ، فاعترف المدعىٰ عليه ، وصالح عن الزرع علىٰ شيء ، فلا بُدّ من شرط القطع ؛ فإنّ الصلح مع الإقرار بيعٌ . وإن لم يجر شرطُ القطعِ ، والأرضُ لغيرِ المقر ، لم يجز .

وإن كانت الأرض للمقر، ففي المسألة **وجهان** ، تقدّم ذكرهما ، في باب بيع الثمار ، إذ ذكرنا أن من اشترى النخلة والثمرة جميعاً ، فليس عليه شرط القطع ، وإن اشترى الثمرة وحدها قبل بدوّ الصّلاح ، فلا بد من شرط القطع . وإن كانت الشجرة له والثمرة لغيره ، فاشترى الثمرة ، وضم/ ملكها إلىٰ ملك الشجرة ، ففي اشتراط القطع الخلاف الذي ذكرناه الآن في الزرع . ٢٢٢ ي

٤٢٢٩ـ فلو أقر المدعَىٰ عليه بنصف الزرع ، ثم أراد بيعَه ، وهو أخضر ، أو المصالحةَ عنه حيث يشترط القطع ، فالبيع فاسد ؛ فإنّ قطعَ النصف غيرُ ممكن ، ولا يتوصل إليه إلا بقطع الجميع[٢] .

قال الأصحاب : لا يتصور [شراء][٣] نصف الزرع بشرط القطع ، إلا في صورة واحدةٍ ، وهي إذا كانت الأرض والزرع مشتركين بين شخصين ، فاصطلحا علىٰ أن يصير الزرع خالصاً لواحد ، والأرض خالصة لآخر ، بشرط القطع . قيل : يصح ، ويلزم قطع النصف ، بحكم شرط القطع فيه ، وقطع النصف بحكم تفريغ المبيع[٤] ، وهي الأرض ، وهـٰذا فيه نظر .

وقد منع طائفة من **المحققين** البيعَ في هـٰذه الصورة أيضاً ؛ فإن تفريغ الأرض من

---

(١) ر . مختصر المزني : ٢/٢٢٦ .
(٢) لأن الإقرار بنصفٍ شائع في جميع الزرع، فلا يتأتى قطعه وحده.
(٣) في الأصل : سوىٰ . والمثبت تقدير منا رعاية للسياق .
(٤) أي في هـٰذه الحالة يصح شرط قطع النصف؛ لأن الزرع سيقطع كُلُّه، نصف بشرط القطع، ونصفه للآخر إخلاءً للمبيع.

الزرع لا يجب بقطعه ، وإذا شُرط ، لم يجب الوفاء ، فيبقىٰ تعذّر استحقاق القطع . ثم الذين قالوا بالصحّة ، بناءً علىٰ شرط تفريغ الأرض ، فلست أدري ما قولهم في أن شرط التفريغ هل يجب الوفاء به ؟ أم هو على الجواز ؟ هـٰذا/ محتمل ؛ من جهة أن هـٰذا ليس في المعقود عليه من الزرع ، وإنما هو في بيع حصّةٍ من الأرض . ش ٢٢٢

ولو باع رجلٌ أرضاً مزروعة ، واستثنى الزرع لنفسه ، وشرط قلع الزرع ، وتفريغ الأرض منه ، ففي وجوب الوفاء تردد للأصحابِ ، قدمت رمزاً إليه في بيع الثمار . وهـٰذا منزَّلٌ علىٰ ذلك .

فَرْعٌ : ٤٢٣٠ـ إذا كان للرجل حقُّ مسيل ماءٍ في أرض الغير ، فليس له أن يدخل الأرض من غير سبب وحاجةٍ . ولـٰكن إن مسَّت الحاجة إلىٰ تنقيته من الحَمْأة[1] ، وسدِّ البثق[2] ، وغيره ، فله طروق الأرض ، لهـٰذا السَّبب . هـٰكذا قال الأصحاب .

* * *

---

(١) الحَمَأ : الطين الأسود المنتن، والحمأةُ القطعة منه. (معجم) وهو يترسب عادة في مجاري المياه ، فيعوق سيرها .

(٢) البثق : موضع انبثاق الماء من نهرٍ ونحوه (معجم) .

كتاب الحوالة

٤٢٣١ـ الأصل في الحوالة ما روىٰ أبو هريرة رضي الله عنه ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « **مَطل الغني ظلم وإذا أُتبع أحدُكم علىٰ مليءٍ فليَتْبع** »[١] . وفي رواية « **ليُّ الواجد ظلم ، فإذا أحيل أحدكم علىٰ مليءٍ ، فليَحْتل** » .

والحوالة مجمعٌ عليها ، ونُسمِّيها من طريق المعنى الارتفاقَ الظاهر ، وهي في مخالفتها قياسَ[٢] البياعات ، لما فيها/ من الحاجة الحاقّة ـ تشبهُ[٣] القرضَ ، والسلمَ ، والإجارةَ ، وكلَّ عقدٍ أثبته الشرعُ مُرفِقاً خارجاً عن قياس النظائر . ٢٢٣ ي

٤٢٣٢ـ وأصل الحوالة في اللغة من الإحالة والتحويل ، وصورتها في محل الوفاق بيّنة ، ومدارها علىٰ **ثلاثة أشخاص** : **المحيل** ـ وهو من عليه الحق ، **والمحتال** ـ وهو صاحب الحق ، **والمحال عليه** ـ وهو الذي يحال بالحق عليه ، وعليه للمحيل مثلُ ما كان للمحتال على المحيل ، ولا يخفىٰ أن الحوالة متضمنها مقابلةُ دين في ذمةٍ بدين في ذمةٍ أخرىٰ .

٤٢٣٣ـ وقد اختلفت عبارة الأئمة عن حقيقتها وماهيتها ، فقال قائلون : الحوالة معاوضة ؛ لأن المحتال يعتاض ما للمحيل في ذمة المحال عليه عمَّا له في ذمة المحيل ، والمحيل يعوّضه ماله في ذمة المحال عليه عما عليه للمحتال .

٤٢٣٤ـ وقال قائلون من أئمتنا : الحوالةُ استيفاءٌ ، ومن كان له دين ، فاستوفاهُ ،

---

(١) حديث أبي هريرة متفق عليه . وقد سبق الكلام عنه، وعن الرواية الأخرى في أول باب حبس المفلس.

(٢) في الأصل بالرفع (قياسُ) وهو من الأخطاء الكثيرة في هـٰذه النسخة السقيمة .

(٣) هـٰذه الجملة الفعلية في محل رفع خبر لقوله : « وهي في مخالفتها. . . » .

فما قبضه ليس نفسَ الدين ؛ فإن الدين لم يكن متعيناً ، وليس ما عُيّن عوضاً عن الدين هو الدين أيضاً ، بل هو الحق الموفَّىٰ ، كذلك الحوالة أقيمت استيفاءَ حقٍّ ، حتىٰ كأن المحتالَ استوفىٰ ما في ذمته[١] عما كان له في ذمّته[٢] ، / وصار استحقاقه على المحال عليه ، وحلوله محل المحيل نازلاً منزلة استيفاء عينٍ عن دين . ش ٢٢٣

٤٢٣٥ـ وقال قائلون : تسمية الحوالة معاوضة محضة غير سديد ، وتسميتها استيفاء محضاً غير سديد ، والصحيح أنها متركبة من المعاوضة والاستيفاء ، فهي معاوضةٌ ضمِّنت استيفاءً ، واستيفاءٌ بطريق المعاوضة . وأقرب شيء شبهاً بها ما لو أخذ مستحق الدين عوضاً عمّا له في ذمة المديون ، فهـٰذه معاوضة تضمنت استيفاء الحق .

٤٢٣٦ـ وذكر **شيخي** بعد تزييف محض المعاوضة والاستيفاء **قولين عن ابن سريج** في حقيقة الحوالة : **أحدهما** ـ أنها معاوضة باستيفاء ، **والثاني** ـ أنها ضمان بإبراء ، فكان هو[٣] عن حق المحيل .

أمّا **القول الأوّل** ـ فهو الصحيح . وحاصل الخلاف أن الغالب على الحوالة معنى المعاوضة ومعنى الاستيفاء ، فأما تضمنها المعنيين ، فلا خلاف فيه .

وأمّا **القول الثاني** ـ وهو أنّها ضمان بإبراء، فليس له معنىً في أصل الحوالة ؛ فإن المحتال يملك ما في ذمة المحال عليه في مقابلة ما كان له على المحيل ، وإنّما تحسن هـٰذه العبارة إذا لم يكن على/ المحال عليه دين ، كما سنصف ذلك بعد هـٰذا، إن شاء الله تعالىٰ . ي ٢٢٤

٤٢٣٧ـ ثم الأصل في الحوالة الأشخاص الثلاثة الذين ذكرناهم . ورضا المحيل والمحتال[٤] معتبرٌ ، أمّا رضا المحيل ؛ فإنما اعتبر ؛ لأنه مالك الدين على المحال عليه ، فلا يُسْتَحَقُّ عليه ماله على المحال عليه دون رضاه ، وأمّا المحتال ، فحقه ثابت

---

(١) ما في ذمته : أي ما في ذمة المحال عليه .

(٢) عما كان له في ذمته : أي ذمة المحيل . وعبارة الأصل : « عما كان له (ما) في ذمته » بزيادة لفظ (ما) ولعل في العبارة سقطاً أو خللاً .

(٣) كذا . والمعنىٰ : فكأن المحال عليه ضمن الحقَّ عن المحيل ، وأبرأه المحتال .

(٤) في الأصل : «والمحتال عليه» بزيادة كلمة (عليه). وهو سبق قلم من الناسخ .

على المحيل ، فلا يتحول حقُّه دون رضاه . والعبارة الجامعة لهما أنهما علىٰ مرتبة المعاوِضيْن ، فلا بد من رضاهما .

وأمّا المحال عليه، فالمذهب أنه لا يشترط رضاه؛ لأنه متصرَّفٌ فيه؛ ورضا محل التصرف لا يشترط في المعاملات ، والمحيل والمحتال متصرفان . وقال **أبو حنيفة**[1] يعتبر رضا المحال عليه ، وهو اختيار **الإصطخري** من أصحابنا . وهـٰذا ضعيف لا اتجاه له .

٤٢٣٨ـ وممَّا نذكره في تأسيس الكتاب التفصيلُ فيما تجري الحوالة فيه . قال الأئمة : يشترط فيما تجري الحوالة فيه أمران : **أحدهما** ـ التجانس بين الدَّيْنين . **والثاني** ـ استقرار الدين ، ولزومُه ، علىٰ ما نصفه .

٤٢٣٩ـ فأمّا القول في التجانس ، فلا تصح إحالة الدراهم على الدنانير ، وإحالة الدنانير على الدراهم ، وكذلك لا يصح إحالة الصحاح/ على المكسر ، وإحالة المكسرة على الصحاح ؛ فإن الحوالة إذا اشتملت علىٰ ما ذكرناه ، لم تخل عن عوضٍ للمحيل أو المحتال ، يستفاد مثله في المعاوضات المحضة ، وليس في الحوالة معاوضة محضة . وكشْفُ ذلك أن الدين على المحيل إن كان صحاحاً ، فيستحيل أن يزول الاستحقاق عن صفة الصحة من غير قبضٍ حسِّي ؛ فإنه لو قال[2] : أبرأتك عن الصحة ، لم يصح ، وكذلك عكس هـٰذا . [فوعد][3] المحتال لا يتحقق قبل القبض الحسي . ٢٢٤ ش

٤٢٤٠ـ ولو كان ما على المحيل [حالاً ، فالإحالة][4] علىٰ مؤجل لم تجز ؛ لما ذكرناه من الغرض المشعر بحقيقة المعاوضة ، ولو حكمنا بالصحة ، لكان معنى الكلام أن يلتزم المحتال تأخيراً لم يكن . ولو أحال مؤجّلاً علىٰ حالّ ، المذهب أنه لا يصح ؛ لغرض المحتال . ومن أصحابنا من قال : يجوز ذلك ، إذا غلّبنا معنى الاستيفاء على الحوالة ؛ فإن الدين المؤجَّلَ لا يمتنع تعجيل توفيته ، فلتكن الإحالة علىٰ حالّ بمثابة تعجيل دين مؤجَّل . وهـٰذا إن كان يخرّج ، فعلىٰ تغليب معنى الاستيفاء ، ولـٰكن يلزم

---

(١) ر . مختصر الطحاوي: ١٠٢ ، البدائع: ٦ / ١٥ ، حاشية ابن عابدين : ٤/ ٢٨٩ .
(٢) قال : أي قال المحتال .
(٣) في الأصل : «موعد في» . والمثبت والحذف تقدير منا .
(٤) في الأصل هـٰكذا : « خلافاً لإحالة » والمثبت تقديرٌ منا علىٰ ضوء المعنىٰ والسياق .

ي ٢٢٥ منه تصحيحُ إحالة الصحاح على/ المكسرة ، والمكسرة على الصحاح ؛ فإن ذلك يجري في الاستيفاء أيضاً مع الرضا ، من غير احتياج إلى اعتياض .

وكان[1] **شيخي** ربما يذكر وجهاً ، ويقول : كلّ ما لا يؤخذ [في مقابلة الدين إلا معاوضة، فلا تجوز الحوالة عليه، وكل ما يؤخذ][2] استيفاء من غير حاجةٍ إلى الرضا ، فيجوز إحالةُ الدين عليه إذا كان ديناً ، وكل ما يجوز استيفاؤه ، ولـٰكن يشترط فيه الرضا ، ففي جواز الإحالة الخلافُ الذي ذكرناه . والظّاهر المنع .

وقال **العراقيون** : كل ما هو من ذواتِ الأمثالِ يجوز أن يحال الدين فيه علىٰ مثله ، وما ليس من ذواتِ الأمثالِ إذا فرض دينان مع اتحاد الجنس والنوع ، فهل تصح الإحالة فيه ؟ فعلىٰ **وجهين** . ويمكن تصوير ثبوت العروض والحيوانات في الذمة ، في القرضِ علىٰ وجهٍ ظاهرٍ لا يحتاج إلىٰ ردّ الأمر إلى الحوالة في السلَم .

هـٰذا قولنا في أحد الوصفين المعتبرين ، وهو التجانس .

٤٢٤١ـ فأما الوصف الآخر وهو الاستقرار ، قال الأئمة : لا تصح الحوالة علىٰ نجم الكتابة ، ولا بنجم الكتابة ، كما لا يصح ضمانه .

وحكى **العراقيون** وجهاً غريباً عن **ابن سريج** : أنه صحح ضمانَ النجم ، والحوالةَ ش ٢٢٥ به ، وعليه . وهـٰذا يأتي مشروحاً/ في أول كتاب الضَّمان، إن شاء الله .

وقال **العراقيون** : الحوالة علىٰ نجم الكتابة فاسدةٌ علىٰ ظاهر المذهب[3] ، فأمّا إذا أحال المكاتَبُ بالنجم علىٰ دينٍ ثابت ، فهو صحيح ؛ لأنّ[4] الجائز لا يضر أن يكتسب

---

(١) في الأصل : فكان .

(٢) في الأصل خللٌ في العبارة والمثبت تصرف منا ، نرجو أن يكون صواباً . كنا قد تصرفنا وأقمنا النص من عند أنفسنا وعند مراجعة تجارب الطباعة جاءني تلميذي وابني الحبيب علي الحمادي بالنص كاملاً، نقله التاج السبكي في الأشباه والنظائر، فأخذنا منه السقط الذي بين المعقفين. (ر. الأشباه والنظائر: ١/ ٣١١، ٣١٢).

(٣) لأن نجوم الكتابة غيرُ لازمة على المكاتَب ، وله إسقاطها ، متىٰ شاء ، فلا يمكن إلزامه الدفع إلى المحتال .

(٤) التعليل ـ بقوله (لأنّ) ـ لجواز الحوالة بنجم الكتابة، فالمعنى: أنه تصح إحالة السيد بنجم الكتابة ـ على جوازه ـ لأن تحصيل الجائز واكتسابه، لا منع منه .

نادراً . والذي ذكره **القاضي** منعُ الحوالة بالنجم وعلى النجم ؛ فإن وضع النجوم على الجواز .

وتحصيل القول في هـٰذا عندنا أن المكاتب يُحيل بالنجم الأخير الذي يحصل العتق به ، وكذلك يحيل بجميع النجوم دفعة واحدة . فأما الإحالة على المكاتب بالنجم الأخير لا[1] يجوز ؛ إذ لو قدر جوازُها ، لما عَتَقَ المكاتَب ؛ إذ عتقه يوجب براءَته ، وإذا برىء ، فما الذي يؤديه إلى المحتال ؟ بخلافِ الحوالة بالنجم[2] ؛ فإن الدين يبقىٰ في ذمة المحال عليه ، ويعتِق .

٤٢٤٢ـ هـٰذا ولم يذكر في شرط الحوالة ما لا خفاء به ، وهو أن تتعلق بدينين ، ولا يجوز فرضُ عَيْنٍ في أحد الشقين .

٤٢٤٣ـ ومما يتعلق بأصول الكتاب الحوالة علىٰ من لا دين عليه ، وقد ذكر **ابن سريج** فيها **وجهين** : **أحدهما** ـ أنها لا تصح . **والثاني** ـ أنها تصح ، وخرَّج هـٰذا علىٰ تغليب المعاوضة أو[3] الاستيفاء ، وقال : إن قلنا : / إنها معاوضة ، لم يصح ؛ إذ لا عوض في أحد الشقين ، وإن قلنا : استيفاءٌ ، صح . وكأنَّ من لا دين عليه وفّى الدين علىٰ مستحقه ، وذلك غير ممتنع . ٢٢٦ ي

وهـٰذا كلام مختلط . والصحيح عندنا [أن][4] يخرّجَ هـٰذا علىٰ أصلٍ سيأتي في الضمان ، وهو أن الأجنبي الذي لا دين عليه لو ضمن ديناً علىٰ إنسان ، علىٰ شرط براءة المضمون عنه ، ففي صحة ذلك وجهان سيأتي ذكرهما ، والذي نحن فيه بهـٰذه المثابة ؛ فإن المحال عليه لا دين عليه ، وإنما التزم علىٰ شرط أن يبرأ من أحال عليه ، وليس ما نحن فيه مأخوذاً من ذلك ، بل هو عينه .

٤٢٤٤ـ ثم إن قلنا : الحوالة علىٰ من لا دين عليه باطلةٌ ، فلا كلام .

---

(١) هـٰكذا جواب أما بدون الفاء . كما تكررت الإشارة إليه مراراً .
(٢) أي الأخير . كما هو ظاهر من السياق . ويبدو أن لفظ (الأخير) سقط من الناسخ .
(٣) في الأصل : والاستيفاء (بالواو) .
(٤) زيادة من المحقق .

وإن قلنا : صحيحة ، فقد ذكر **العراقيون وجهين** في أنها جائزة ، أو لازمة : **أحدهما** ـ أنها لازمة ، ولا يكاد يخفىٰ معناها . **والثاني** ـ أنها جائزة ، وللمحال عليه الفسخ ، ولا يتوجه عليه المطالبةُ ، ولا يتم الأمر ما لم يُسلَّم الدينُ إلى المحال ، فإذا سلَّم ، لم يملك الاستردادَ .

ووجه الجواز عندي باطل ملغىً ، لا أصل له ؛ إذ لا أثر لقول القائل : الحوالة صحيحة ، ولا مطالبةَ ، وقولُ/ هـٰذا القائل : إن الغرض يتم بالتوفية لا حاصل له ، مع العلم بأن أجنبياً لو وفَّىٰ دينَ إنسان ، وقع الموقع . ش ٢٢٦

٤٢٤٥ـ ومما يتفرع علىٰ ذلك أن المحالَ عليه إذا لم يكن عليه دين ، وصححنا الحوالة ، وألزمناها ، فقد قطع **العراقيون** بأنه يملك مطالبة المُحيل بتحصيله ، قبل أن يغرَم للمحتال .

قال **الشيخ أبو علي**: لم يذكر الأصحاب غيرَ ذلك ، وقطعوا أقوالهم به إلا **القفالَ** ؛ فإنه ذكر لذلك **وجهين**: **أحدهما** ـ ما ذكرناه . **والثاني** ـ ليس له مطالبةُ المحيل [بتحصيله][1] ، ولـٰكن إذا غرِم/ المحال عليه للمحتال ، فنقول : إن تقبّلَ الحوالةَ علىٰ شرط الرجوع على المحيل ، فإذا غرم ، رجع عليه . وإذا لم يشترط الرجوعَ ، فإذا غرِم ، فهل يرجع ؟ فعلىٰ **وجهين** : سيأتي [نظيرهما][2] في كتاب الضمان، إن شاء الله تعالىٰ .

٤٢٤٦ـ وممّا ذكره **العراقيون** في تفريع ذلك أن المحال عليه الذي لا دين عليه ، إذا أبرأه [المحتال][3] عمّا التزمه . قالوا : لا يرجع على المحيل ؛ لأنه لم يغرَم شيئاً .

ولو غرِم للمحتال ما التزمه بطريق الحوالة ، ثم إن المحتالَ وهب عين ما قبضه من المحال/ عليه ، فهل يملك المحالُ عليه الرجوع على المحيل ؟ فعلىٰ **قولين** مأخوذين من أصلٍ [في][4] كتاب الصداق . ي ٢٢٧

---

(١) في الأصل : بتخليصه . والمثبت تقدير منا علىٰ ضوء العبارة السابقة .
(٢) في الأصل : نظرهما .
(٣) في الأصل : المحيل . (وهو وهم عجيب ، من أوهام هـٰذه النسخة التي لا تحصىٰ) .
(٤) زيادة من المحقق .

وهو أن المرأة لو وهبت صداقها من زوجها ، ثم طلقها قبل المسيس ، فهل يرجع عليها بنصف قيمةِ الصّداق ، أو لا رجوع عليها ؟ فعلىٰ **قولين مشهورين** : قال **شيخي** : إذا أصدق امرأته دَيْناً ، ثم إنها أبرأته ، فطلقها قبل المسيس ، وقلنا : لو وهبت الصداق قبل الطلاق ، لم يملك الزوج الرجوع عند الطلاق بشَطر الصداق ، فإبراؤها بذلك أولىٰ. وإن قلنا : لو وهبت الصداق قبل الطلاق ، ملك الزوج [الرجوعَ][1] ، ففي الإبراء **قولان** . ثم قال : إبراء المحال عليه ، الذي لا دين عليه كإبراء المرأة زوجَها ، ورجوعُ المحال عليه على المحيل كرجوع الزوج بنصفِ الصَّداق عند الطلاق .

٤٢٤٧ـ ومما يتعلق بأصولِ الحوالة أنها إذا تمت علىٰ شرطها ، ثم طرأ على المحال عليه إفلاسٌ ، أو جَحْدٌ للحق ، ولم يصادف المحتال بيّنةً [يُقيمها][2] ، فلا يرجع على المحيل أصلاً ، وليس إفلاسُ المحال عليه كإفلاس المشتري بالثمن ، وقد ذكرنا معتمدَ المذهب في القاعدتين في (**الأساليب**) .

٤٢٤٨ـ ولو أحيل علىٰ من/ ظنه غنياً ، ثم تبين أنه كان عند الحوالة مفلساً ، فهل يثبت له حق الفسخ والإفلاسُ مقترنٌ بالحوالة ؟ فعلىٰ **أوجهٍ** ؛ جمعتها من الطرق : ٢٢٧ ش

أحدها ـ أنه لا خيار ؛ فإن الحوالة في وضعها إذا صحت ، لم تحتمل الفسخ ؛ إذ هي قاطعةٌ للعلائق بالكلية . **والوجه الثاني** ـ أنه يَفسخ تداركاً لما لحقه وما كان مطلعاً عليه ، وليس كالإفلاس الطَّارىء ؛ فإنا قد نجعل الحوالة في نفسها بمثابة قبض الحق ، والطريانُ بعد القبض لا يُثبت الفسخ .

فأما إذا اطّلع القابض علىٰ عيب قديم ، فالذي تمهد في الشرع ثبوت الفسخ . ومن أصحابنا[3] من قال : إذا كانت الحوالة مُطلقة ، فلا خيار ، وإن جرىٰ فيها شرطُ مَلاءة المحال عليه ، ثم اختلف الشرط ، فيثبت الفسخ إذ ذاك ؛ فإن الحوالة أُنشئت على اقتضاء [الدين][4] ، فيجب الوفاءُ بموجبها ، فإن قيل : هل صار إلىٰ نفي الخيار مع

---

(١) سقطت من الأصل .
(٢) في الأصل : بقيمتها .
(٣) هـٰذا هو الوجه الثالث .
(٤) في الأصل : المدّة . وهو تصحيف واضح .

الشرط وإخلافه أحدٌ من الأصحاب ؟ قلنا : نعم . ذهب إليه ذاهبون ، فصاروا إلىٰ حسم[1] الفسخ ، وإلغاء الشرط . حكاه **العراقيون** .

ي ٢٢٨ **٤٢٤٩**ـ وتردُّدُ الأصحابِ في قبول الحوالة الفسخَ عند الاطلاع علىٰ فلس/ المحال عليه يقرب من ترددهم في أن الحوالة هل يلحقها خيار المجلس والشرط ؟ وفيه خلافٌ قدمته في أول البيع . مبنيٌّ علىٰ أن حكم المعاوضة أغلبُ على الحوالة ؟ أم حكم الاستيفاء ، وفيه الخلاف الذي مهدناه الآن .

فَرْعٌ : **٤٢٥٠**ـ إذا كان الدين على المحيل مؤجَّلاً ، وكذلك على المحال عليه ، واستوى الأجلان في مقدارهما ، صحت الحوالة . فلو مات المحيل ، فلا يَحِل الدين بموته ؛ فإنه قد تحول الدَّين عن ذمته ، ولو مات المحال عليه ، فيحل الدين حينئذ ؛ فإنه المديون الآن . ذكره **العراقيُّون** وغيرُهم . ولا خفاء به . ولـٰكني أحببتُ نقله منصوصاً .

* * *

---

(١) حسم : أي منع .

بَابٌ في مَسائِلَ

قال **المزني** : [تحريتُ فيها][١] معنىٰ قول **الشافعي** رضي الله عنه ، « **فمن ذلك : لو اشترىٰ عبداً بألف درهم . . . إلىٰ آخره** »[٢] .

٤٢٥١ـ صورة المسألة أنه إذا باع عبداً من رجل بألفِ درهم ، وأحال المشتري البائعَ علىٰ رجلٍ بالثمن ، ثم اطلع علىٰ عيبٍ قديم بالعبد ، فرده ، فالذي نص عليه **المزني** هاهنا[٣] : أن الحوالة ترتد ، وتبطل ، ونص في **المختصر الكبير**[٤] أنها لا تبطل . ومنصوصات **المزني/** في مجال التحرِّي معدودةٌ من مَتْن المذهب ، وهي عند المصنفين كنصوص **الشافعي** ، فالذي ذهب إليه الجمهور تخريجُ المسألة علىٰ قولين مخرّجين مبنيين علىٰ أن الغلبةَ للمعاوضة أو للاستيفاء ؟ فإن جعلناها معاوضة ، لم نبطلها ، كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوباً اعتياضاً صحيحاً ، ثم وجد المشتري بالعبد المشترَىٰ عيباً ، فردّه ، فلا يرتد ما جرىٰ من الاعتياض عن الثمن ، فلتكن الحوالة كذلك ، بل الحَوالة أولىٰ ، بألا تنفسِخ ؛ فإنها بعيدةٌ عن قبولِ الفسخ . ٢٢٨ ش

وإن جعلنا الحوالة استيفاءً ، بطلت ؛ لأنها نوعُ رِفقٍ في الاستيفاء ، فإذا بطل الأصلُ ، بطل الرِّفْق الذي كان تبعاً له ، كما لو باع بألفٍ مكسرٍ ، فقضاه المشتري صِحاحاً ، ثم رد المبيعَ بالعيب ، فإنه يسترد الصحاح . وليس للبائع أن يقول : أغرَم

---

(١) زيادة من نص المختصر .

(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٧ .

(٣) هاهنا : أي في المختصر المعروف .

(٤) المختصر الكبير هو للمزني أيضاً، جمع فيه ـ كضَريبه المختصر المعروف ـ نصوص الشافعي، وقد يسمى (الكبير) بدون ذكر المختصر، وهو أقل شهرة وذكراً في الكتب وعلى لسان الأئمة من (الصغير) المشهور الذي يعرف بـ (المختصر) فقط بدون أي وصف. والكبير قد يسمّى (الجامع الكبير) كما سماه الرافعي في هـٰذا الموضع. (ر. فتح العزيز: ١٠/ ٣٤٦ بهامش المجموع).

المكسرَ ، ليسلم لي ما سمحتَ به من الصحة ؛ لما ذكرناه في[1] التبعية . ولو اشترىٰ بالصحاح أولاً ، ثم رضي البائع بالمكسر ، فإذا ردّ المشتري بالعيبِ ، فلا يرجع إلا بالمكسر .

ي ٢٢٩ **٤٢٥٢ـ** ومن أصحابنا من قال : إن جرىٰ فسخُ البيع قبل قبض المبيع ، / ارتفعت الحوالة . فإن جرى الفسخ بعد القبض ، لم ترتفع . وهـٰذا القائل يفصل بين الحالتين بتعرض البيع لقبول الفسخ قبل القبض . وهـٰذا مزيفٌ . والأصل إطلاق القولين قبل القبض وبعده .

٤٢٥٣ـ وكان **شيخي** يقول في التفريع علىٰ هـٰذه القاعدة : ولو أحال المشتري البائعَ بالثمن علىٰ إنسانٍ في زمن الخيار الثابت في البيع ، فالأصح صحةُ الحوالة ، وإن كان العقد جائزاً ، بخلاف الحوالة في تجويز الكتابة ؛ فإن عقد البيع ، وما فيه من عوضٍ ، لا يلتحق بالأعواض الجائزة التي لا ثبات لها . والخيار طارىء [فيه][2] ، فإذا أفضىٰ في العاقبة إلى اللزوم ، كان الحكم علىٰ موجب اللزوم .

٤٢٥٤ـ ومن أصحابنا من منع الحوالة في زمان الخيار ، مَنْعَ[3] ضمان النجوم ، ثم قال : إذا صححنا الحوالة في زمان الخيار ، ففُسخ البيعُ بالخيار ، ارتدّت الحوالة بلا خلاف ؛ فإنها إنما صحت علىٰ تقدير إفضاء البيع إلى اللزوم ، فإذا لم يُفضِ إليه ، فلا سبيل إلى التزام الحوالة في الثمن ، وقطع الخيار في المبيع .

التفريع على القولين في صورة الرد بالعيب :

ش ٢٢٩ **٤٢٥٥ـ** فإن قلنا : / لا تبطل الحوالة ، فالمشتري هل يرجع على البائع بما أحاله ؟ نُظر : إن كان البائع قبضه ، فلاشك أنه يرجع عليه ، ولا يتعين عينُ ما قبضه ، فإن أحبّ أتىٰ ببدلٍ عنه ، وتعليله بيّن .

وإن لم يكن قبض البائع من المحال عليه ، فهل يرجع المشتري على البائع ؟ فعلىٰ

---

(١) «في» هنا مرادفة لـ (من).
(٢) في الأصل : فيها .
(٣) في الأصل : « في منع » بزيادة (في) .

وجهين : **أقيسهما** ـ أنه يرجع ؛ لأن الحوالة أقيمت مقام الإقباض في وضعها ، بل هي أقوىٰ من الإقباض ؛ فإنّ القبض قد يُنقض ، والحوالةُ بعيدةٌ عن قبول النقض .

والثاني ـ لا يرجع عليه ؛ لأن الاسترداد علىٰ حسب الإقباض ، وهو لم يقبضه حساً ، فكيف يسترد منه حساً ، بل سبيل الاسترداد أن يقع إذا حصل القبض الحقيقي .

٤٢٥٦ـ ثم إن قلنا : الحوالة باقية ، فلا شك أن البائع يطالب المحال عليه بتوفية مال الحوالة ، فلو أبرأه علىٰ هـٰذا ، فيضمن حينئذ [للمشتري][1] الثمنَ ؛ فإنَّ إبراءه بمثابة استيفائه .

وممّا ينشأ من ذلك : أنا إذا قلنا : لا يرجع المشتري على البائع قبل قبض مال الحوالة ، فهل يملك مُطالبتَه بمُطالبة المحال عليه أم لا ؟ من أصحابنا من قال : يملك مُطالبتَه على النحو الذي ذكره/ ؛ لأن البائع مالكٌ لمطالبة المحال عليه ، فيبعد أن يمتلك البائع ذلك من جهة المشتري ، ولا يثبت للمشتري أصلُ توجيهِ المطالبةِ . ومن أصحابنا من قال : لا يملك المشتري الرجوعَ بالثمن ، ولا المطالبةَ بتحصيله . وهـٰذا بعيدٌ جداً . ٢٣٠ ي

٤٢٥٧ـ وإن حكمنا بأن الحوالة تنتقض برد المبيع ، فإنْ كان قبض المال قبل الرد ، فهل نحكم بانتقاض الحوالة الآن ؟ وفائدةُ ذلك أن يتعين على البائع ردُّ عين ما قبضه ؟ أم نحكم بأن الحوالة لا تقبل النقضَ بعد قبض المال من المحال عليه ؟ فعلىٰ **وجهين** ، وفائدة قولنا : لا تنتقض ، أن البائع لو أراد أن يأتي ببدَلٍ عما قبضه ، ولا يردّ عينَه ، كان له ذلك . ولو لم يقبض البائع المالَ من المحال عليه حتىٰ حكمنا بارتفاع الحوالة ، فلا شك أن المطالبة تنقطع عن البائع ، وينقلب الدّينُ في ذمة المحال عليه ، بعد الحكم بانفساخ الحوالة ، فلاشك أنه لا يقع قبضُه لنفسه . ولـٰكن هل يقع عن/ المشتري ؟ فعلىٰ **وجهين** ذكرهما **شيخي** : **أحدهما** ـ وهو الذي لا يتجه غيرُه ـ أنه لا يصح قبضُه للمشتري ؛ فإن الحوالة لم تقع للمشتري ، وإنما وقعت للبائع ، فإذا انفسخت وزالت ، لم يبق لها أثر ، ويستحيل أن تنعكس الحوالة وكالةً بالاستيفاء . ٢٣٠ ش

والوجه الثاني ـ أن قبضه يصح عن المشتري ؛ فإنه جرى الأمر بالقبض علىٰ جهةٍ ،

(١) في الأصل : «المشتري» والمثبت تصرف منا .

فإن بطلت تلك الجهة ، بقي الأمر المطلق . وهـٰذا بعيد .

وكان **شيخي أبو محمد** يقرّب هـٰذا الاختلاف من أصلٍ بعيد عن وضع المعاملاتِ ، وهو أن من تحرّم بصلاة الظهر ، قبل الزوال ، وحكمنا بأن صلاته لم تنعقد فرضاً ، فهل يُقضىٰ بانعقادها نفلاً ؟ **فعلىٰ قولين** ، أجريناهما في هـٰذه المسألة وفي نظائرَ لها .

٤٢٥٨ـ ولو أصدق الرجل امرأته ديناً ، ثم أحالها زوجها بصداقها علىٰ إنسان ، وطلقها قبل المسيس ، فهـٰذا في نصف الصداق يناظر ما لو أحال المشتري البائعَ بالثمن ، فهل يُحكم ببُطلان الحوالة في نصف الصَّداق ؟ اختلف أصحابنا علىٰ **طريقين** : منهم من أجراه على القولين المذكورين في البيع ، ومنهم من قطع القول بأنّ الحوالة لا تبطل ؛ وذاك/ لأن الطلاق ليس بفسخٍ في الحقيقة ، بل هو تصرف في الملك ، وليس كذلك الرد بالعيب ، والصداق في الجملة أثبت من غيره . ولهـٰذا قلنا : إن الصداق إذا زاد في يد الزوجة زيادةً متصلة ، منعت تلك الزيادةُ ارتدادَ النصف عند الطلاق قبل المسيس ، ولا تمنع الزيادةُ نفوذَ شيء من الفسوخ . ولو كان الصّداق يرتد إلى الزوج بسبب فسخ من الفسوخ ، فالقول في الحوالة كالقول في العقد الذي يطرأ عليه الرد بالعيب ، ولا فرق ، وإنما التردد في الطلاق .

ي ٢٣١

٤٢٥٩ـ ولو باع الرجل عبداً بألفٍ ، ثم أحال البائع رجلاً له عليه [مثلُ][1] الثمن ، فأحاله على المشتري ، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً ، فرده ، فالأظهر في هـٰذه الصورة أن الحوالة لا تنفسخ ؛ لأنها تعلقت بثالثٍ ؛ إذْ[2] تحقق تعلقُها بغير المتعاقدَيْن .

ومن أصحابنا من أعاد ذكرَ الخلاف في هـٰذه الصورة ، وجعل الحوالة على المشتري كإحالة المشتري البائع علىٰ إنسان ، وعلل بأن الحوالة وإن تعلقت باستحقاق ثالثٍ ؛ فإنها تبعٌ للبيع والتبعية لا تزول[3] . وهـٰذا وإن كان منقاساً ، فهو غريب ، حكاه/ **العراقيون** ، **والقاضي** ، وغيرُهم .

ش ٢٣١

---

(١) في الأصل : مِن .
(٢) في الأصل : « وإذا تحقق تعلقها بغير المتعاقدين » والمثبت تصرفٌ منا .
(٣) في الأصل : لا تزول في هـٰذا . . .

وإذا وقع التفريع على الأصح ، وهو أن الحوالة تبقىٰ ولا تنفسخ ، فإذا فسخ المشتري العقدَ بالرد ، وكان غرِم للمحتال ، فلا شك أنه يرجع على البائع [وإن لم يكن غرِم](١) فعلىٰ وجهين : **أحدهما** ـ أنه لا يرجع عليه ؛ فإنه لم يغرَم بعدُ شيئاً . **والثاني** ـ أنه يرجع عليه ، فإنَّ الاستحقاق قد تأكد عليه ، وحسابه مع المحتال لا يتعلق به حكم العقد ؛ إذ لو كان تتعلق الحوالة بالعقد ، لارتفعت بارتفاع العقد .

فصل

قال المزني : « **ولو أحال رجل علىٰ رجلٍ بألفِ درهم ، وضمنها ، ثم اختلفَا. . . إلىٰ آخره** »(٢) .

٤٢٦٠ ـ إذا كان لرجل علىٰ رجلٍ دينٌ ، وكان للمديون(٣) دينٌ علىٰ آخر يماثل الدينَ الأول ، فأمر المديونُ مستحقَّ الدين بقبض ذلك الدين . ثم اختلفا ، فادّعىٰ أحدهما أن الذي جرىٰ حوالة وادّعى الآخر أنه لم يجر إلا وَكالة ، نُظر : فإن قال الآمر : قد قلت لك : وكلتُك بقبض ما لي علىٰ فُلان ، أو قلت : اقبض ما لي عليه ، ونويتُ الوَكالة . وقال المأمور : لا بل قلتَ لي : أحلتك ، أو قلت : اقبض ما عليه ، ونويتَ الحوالة ، فالقول قَولُ الآمر ؛ لأنّ/ الأصلَ أنْ لا حوالة ، وأنّ ملكه باقٍ في ذمّة ذلك الثالث . ٢٣٢ ي وإنما يثور هـٰذا الخلاف إذا كان المحال عليه موسراً ، وكان استيفاءُ الدين منه أيسر .

٤٢٦١ ـ فإن جرى النزاعُ كما ذكرناه ، فالقولُ قول الآمر كما وصفناه ، ثم إن صدقنا الآمر ، فلا يخلو : إمّا إنْ قبض المأمور ، أو لم يقبض . فإن لم يكن [قبض](٤) قبّضه الآمر ، وإن كان [قبض](٥) ، نُظر : فإن كان قائماً، استردّه من المأمور إن كان حقُّه مُؤجّلاً ، وإن كان حقُّ المأمور حالاً ، فقد ظفر بجنس حقه ، وإن عسر عليه استيفاء

---

(١) زيادة من المحقق اقتضاها السياق .
(٢) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٧ .
(٣) في الأصل : « المديون عليه » بزيادة لفظ (عليه) .
(٤) في الأصل مقبوضاً .
(٥) في الأصل مقبوضاً .

جنس حقه منَ الآمر ، فازَ بما قبضه . وإن لم يعسر [ردّ][1] عليه ما قبضه ، وطالبه بحقه .

ولو كان قبض ، وتلف في يده ، فالآمر لا يُطالبُه بالضّمان؛ من قِبَل أنه اعترف بكونه وكيلاً قابضاً له علىٰ حكم الوكالة ، ولم ينسبه إلىٰ تفريطٍ مضمِّن . والتجاحُد جرىٰ بعد التلف ، فلا يتضمن عكس الضّمان علىٰ ما تقدم ، والمأمور لا يطالب الآمرَ بحقه ؛ فإنه اعترف بسقوط حقه بالحوالة ، فتنقطع الطَّلبة من الجانبين بسببين .

٤٢٦٢ـ ولو اختلفا ، وما كان قبض ، فالقول قول الآمر في نفي الحوالة ، كما ذكرناه ، والمأمور لما ادّعى/ الحوالة ، فقوله يتضمن الانعزالَ عن الوَكالة ، والوكيل إذا ذكر ما يوجب عزلَه ، لم يكن له أن يقبض . ش ٢٣٢

فإذا تعذر على المأمور استيفاءُ حقه من المحال عليه لما ذكرناه ، فهل له مُطالبة المحيل الآمر ؟ فعلىٰ وجهين في طريقة [العراقيين][2] : **أحدهما** ـ ليس له ذلك ؛ فإن المأمور يُقرّ بأن ذمة الآمِر قد برئت ، وتحوّل دينُه . [والوجه][3] **الثاني** ـ له المطالبة ؛ فإنه تعذّر على المأمور حقُّه من جهة المحيل الآمِر ؛ فهو الذي عسَّر عليه الحوالة ، وهو معترفٌ .

ولو كان الاختلاف على العكس ، فقال الآمر : أحلتك ، وقال المأمور : بل وكلتني ، فالقول في نفي الحوالة قولُ المأمورِ ؛ فإنّ الآمرَ يبغي بما ذكره سُقوطَ [حقِّ][4] المأمورِ عن ذمته ، والأصل بقاءُ حقه . وهـٰذا في الغَالب يتفق حيث يكون المحال [عليه][5] معسراً ، والآمر يطلب نفيَ الطَّلِبة عن نفسه .

٤٢٦٣ـ ثم إذا جعلنا القولَ قولَ المأمور ، فلا يخلو : إمّا إن كان قبض ، أو لم يكن قبض ، فإن لم يكن قبض المأمورُ ، فلا يقبضه؛ لأن قول الموكل : ما وكلتُك يتضمن عزْلَه لو كان وكيلاً . أو كان قبض ، فإن كان قائماً في يده ، فالآمرُ يزعم أن

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) في الأصل : العراق .
(٣) في الأصل : والقول . والمثبت مراعاةً للسياق .
(٤) في الأصل : حقه .
(٥) زيادة لا يستقيم المعنىٰ بدونها .

المقبوضَ/ حقُّ المأمور وملكه ، ولا حق له عليه . والمأمور يزعم أن المقبوضَ ملكُ ٢٣٣ ي
الآمر ، وحقُّه باقٍ في ذمته . وقد ذكرنا أن القول قولُ المأمور في بقاء حقِّه في ذمة الآمر . فإن عسر عليه استيفاءُ حقه ، فالوجه أن يتملك [المقبوضَ][1] ؛ لأنه جنس حقه . وإن تيسر استيفاء حقِّه منه ، فقد اختلف أصحابنا في المسألة : فمنهم من قال : يطالِبُ الآمرَ بحقه ، وما قبضه موقوفٌ ، ومنهم من قال : ما قبضَه يكتفي به ، ولا يطالِبُ .

والخلاف مخصوص به إذا لم يكن قبض ، فإذا كان قبض ، فاعترافُ الآمر بأنه [حقُّه][2] كافٍ نازلٌ منزلة تمليكه إيَّاه الآن .

ولا خلافَ أن الآمرَ لو قال للمأمور : لِمْ تصدقني وزعمتَ أن ما قبضتَه حقي ، فقد وَفَّيْتُكَ إياه ، فيجتمع [لك][3] من قولي الأخير ، وقولي الأول الملكُ في المقبوض ، فقد تمس الحاجة إلىٰ تصوير القبض كما قدمناه في كتاب البيع والرهن في إقباض الإنسان شيئاً لحقه ، وهو في يده .

فهٰذا كله فيه إذا قبض ، والعين قائمةٌ في يده .

٤٢٦٤ـ فأمّا إذا قبض ، وتلف ، فهل يكون التالف مضموناً عليه ؟ فعلىٰ **وجهين** ، ذكرهما **الإمام**[4] **وصاحب التقريب** : **أحدهما** ـ أنه يكون مضموناً على المأمور/ . ٢٣٣ ش
والثاني ـ لا يكون مضموناً عليه .

توجيه الوجهين :

من قال : إنه لا يضمنه ، قال : لأنا جعلنا القول قولَهُ في نفي الحوالة ، فإذا انتفت الحوالة، ثبتت الوكالة ، والمالك ليس يدعي إلا جهةَ الحوالة ، فإذا انتفت ، لم يبق علىٰ زعمه ما يقتضي الضّمان .

---

(١) زيادة اقتضاها السياق .
(٢) في الأصل : حقك . والمثبت تقدير منا .
(٣) في الأصل : ذلك . والمثبت تقدير منا .
(٤) الإمام : يريد به شيخه ، أي والده . كما حققنا ذلك من قبل .

ومن قال : إنه يكون مضموناً عليه ، قال : إنا إنما نجعل القولَ قولَ المأمور ؛ لأن الأصل بقاءُ طَلِبته على الآمر ، وهو يدّعي انتفاءَه ، فإذا آل الأمرُ إلى الغرامة ، فالأصل أن ماله لا يكون أمانةً ، إلا أن يُقرّ بها ، ومن تلف في يده ملكُ غيره ، فالأصل أن يكون مضموناً عليه .

ولهٰذا نظائر ، منها : أن المشتري والبائع إذا اختلفا في عيبٍ ، فزعم المشتري أنه قديم ، وزعم البائعُ أنه حادث ، فالقول قول البائع، كما ذكرناه[١] في البيع . فإذا صدقناه ، وحلفناه ، وجرى القضاء به ، ثم اختلف هو والمشتري في قدر الثمن ، وتحالفا ، وأوجب ذلك ترادّاً ، فلو قال البائع : غرمُوا المشتري أرشَ العيب ؛ فإنه ثبت بيميني أن العيب حادثٌ في يده ، فلا يلزمه أرشُ العيب . وقد مهدنا ذلك في مواضِع .

ي ٢٣٤ وقد/ يتطرق إلىٰ وجه إثباتِ الضّمان سؤالٌ : وهو أن الآمر معترف بأن ما قبضه المأمور ليس ملكاً للآمر ، فلا يجري ما ذكرنا [في][٢] هٰذا الوجه ، من أن الأصل أن ملك الغير مضمونٌ ، ولٰكن يتجه أن نقول : قولُ الآمر يتضمن قبضاً علىٰ حُكم الضّمان ، ولٰكنه ضمانُ مقابلةٍ ، والتعويل علىٰ نفيه الأمانة[٣] ، والأصل عدمُها .

٤٢٦٥ـ وكل ما ذكرناه فيه إذا لم يجر بين الآمر والمأمور لفظُ الحوالة ، فأمّا إذا جرىٰ بينهما لفظُ الحوالة ، فقال الآمر : أحلتك بكذا علىٰ فلانٍ ، ثم يُفرض الخلاف مع جريان لفظ الحوالة ، من وجهين : **أحدهما** ـ أن يقول الآمر : ذكرتُ لفظَ الحوالة ، ولٰكن أردتُ به الوكالة ، وقال المأمور بل أردتَ الحوالة . فالذي يدل عليه ظاهر لفظ **المزني** في المسائل التي يُجريها أن القول قولُ الآمر ؛ فإنه ذكر الإحالةَ والحوالةَ ، ثم فرض الخلاف ، ثم قضىٰ بأن القولَ قولُ الآمر ، ولو كان يختلف الأمر

---

(١) في الأصل : ذكره .

(٢) في الأصل : من .

(٣) المعنىٰ : أن التعويل علىٰ نفي الضمان هو نفي الأمانة .

باللفظ ، [لتعرض][(١)] له ؛ فإن التصوير لا يتم إلا باللّفظ إذا كان الحكم متعلقاً به ؛ فإذاً ظاهرُ قوله إن[(٢)] القول قولُ الآمر .

قال صاحب التقريب : قد ذكر ابنُ سريج في/ المسألة قولاً آخر : إن القول قولُ المأمور الذي يدّعي حقيقةَ الحوالة ؛ فإن لفظ الحوالة موضوعٌ لمقصودٍ [وضعاً][(٣)] صريحاً ، فمن أراد حملها علىٰ خلاف معناها ، لم يقبل منه ، كما إذا ذكر لفظاً من صرائح الطلاق ، ثم حمله علىٰ خلاف ظاهره ، فلا يقبل ذلك منه . ٢٣٤ ش

وحاصل القولين راجعٌ إلىٰ أنّا علىٰ قول المزني لا ننظر إلىٰ لفظِ الحوالة ، ولـٰكن ننظر إلىٰ قياس الاختلاف ، وقياسه يقتضي أن المأمورَ إذا ادعىٰ حوالةً ، والآمر ينفيها ، فالقول قول الآمر . وعلى القول الثاني يُعتبر صريحُ الحوالةِ ، ولا يقبل قولُ من يحيدُ عن ظاهر معناها ، مع الاتفاق علىٰ صدور لفظها من الآمر .

٤٢٦٦ـ وذكر بعض المحققين وجهاً ثالثاً ، فقال : إن قال : أحلتُك بالألف الذي لي علىٰ فلان ، ولم يقل بالألف الذي لك عليَّ على الألف الذي لي علىٰ فلانٍ ، فيجوزُ أن يقال : القول قولُ من يدعي الوَكالة ؛ لأنه لم يقل بالألف الذي لك عليّ .

ولو قال : أحلتك بالألف الذي لك عليّ على الألف الذي لي علىٰ فلان ، ثم ادّعى الآمرُ الوكالة ، فلا يقبل ذلك منه .

وهـٰذا التفصيل لا ينتهض عندي/ وجهاً ثالثاً ؛ إذ لا يجوز أن يقدّر خلافٌ فيه ، إذا قال أحلتك بالألف الذي لك عليّ ، علىٰ فلانٍ بالألف الذي لي عليه ، فادعاء الوكالة بعد هـٰذا الامتناع[(٤)] لا وجه له ، فالوجه أن نقول : إن صرح كما صورناه آخراً ، فلا وجه إلا القطعُ بتصديق المأمور . وإن أطلق الحوالةَ ، ولم يقيدها بهـٰذه القيود الصريحة ، فإذْ ذاك ينقدح ذكر القولين . ٢٣٥ ي

---

(١) في الأصل : التعرض .

(٢) جملة : « إن القول قول الآمر » في محل الخبر : (ظاهر) ، وليست مقول القول .

(٣) زيادة اقتضاها ورود لفظ (صريحاً) هـٰكذا بالنصب .

(٤) كذا ، وكأنها مقحمة ، لا مكان لها في السياق .

التفريع : **٤٢٦٧ـ** إن قلنا : القول قولُ المأمور في ثبوت الحوالة ، فلا كلام . وإن قلنا : القولُ قول الآمر في نفي الحوالة ، فإذا نفاها ، فقد اختلف أصحابنا فيما رتبه **صاحب التقريب** : فمنهم من قال : إذا نفى الحوالةَ ، انقطعت علائقها بالكلية . وهـٰذا هو القياس علىٰ هـٰذا القول . **والوجه الثاني ـ** أنه يكون بمثابة حوالة فاسدةٍ ، فلا يُرفع حكم الحوالة من كل وجه ؛ للفظ الحوالة . وهـٰذا كما يثبتُ الضّمان في البيع الفاسدِ ، ويثبت في الكتابة الفاسدة بعضُ أحكام الكتابة الصحيحة .

فإن قلنا : إن سبيله سبيلُ الحوالة الفاسدة ، فإذا كان المحال عليه سلَّم المال إلى المحتال ، فهل يبرأ بالتسليم إليه [ممّا عليه ؟][1] فعلى/ **وجهين ذكرهما** : **أحدهما ـ** أنه يبرأ بالدفع إليه ، والآمر يُطالب المحتالَ . **والثاني ـ** لا يبرأ بالدفع إلى المحتال ؛ فإنه لم يكن سبيلُه سبيلَ الوكالة المحضة ، ولم تصح الحوالةُ أيضاً ؛ فعلىٰ هـٰذا يطالِبُ الآمرُ المحَالَ عليه بحقه ، ثم المحالُ عليه يسترد من المحتال ما سلمه إليه . (ش ٢٣٥)

وهـٰذا عندي بُعدٌ بحقه . والوجه أن نقول : إذا نفينا الحوالةَ ثبتت قضية الوَكالةِ ؛ فإن الأمر بقبض المال من المحال عليه متفق عليه ، والنزاع في وجهه . وقد ذكر المتداعيان وجهين ، فإذا انتفت الحوالة ، وصدقنا الآمر ، فالوَجْه ثبوتُ الوَكالةِ ، وعلىٰ هـٰذا يبرأ المحالُ عليه بما دفعه إلى المأمور .

وما ذكرناه صورةٌ واحدةٌ في الاختلافِ ، مع جريان لفظ الحَوالة .

٤٢٦٨ـ فلو كان النزاع على العكس، فقال الآمر: أردتُ لفظَ الحوالة ، وقال المأمور: ما قبلتُ الحوالة ، وإنما قبلت الوَكالة ، قال الأصحاب : قياسُ **المزني** أن القول قولُ المأمور ؛ فإنّ الأصل بقاءُ طَلِبته على الآمر . وعلىٰ قياس **ابن سريج** القول [قولُ][2] من يُثبت الحوالةَ كما ذكرناه ؛ تمسكاً باللفظ . فإن قيل : قَصْدُ/ الآمر فيما زعم مُطابقٌ للفظه الصريح، فهلاَّ قطعتم بتصديقه ؟ قلنا : الأمرُ كذلك . ولا تتم الحوالة إلا بقبول المحتال، وقد زعم أنه نوىٰ قبولَ الوكالة ، فعاد التردُّدُ في أن الاعتبارَ بالقصد ، أوْ بظاهر اللفظ . (ي ٢٣٦)

---

(١) ما بين المعقفين غير مقروء في الأصل .

(٢) زيادة من المحقق .

فصل

٤٢٦٩ـ ذكر **المزني** صوراً ظاهرةً في الحوالة ، نذكرها علىٰ وجهها . قال : لو أحال زيدٌ عمراً علىٰ بكرٍ ، بما له عليه من الحق ، ثم أحال بكرٌ عمراً علىٰ خالدٍ ، ثم أحاله خالدٌ علىٰ جعفرَ ، فذلك جائز . ولو أحال زيدٌ عمراً علىٰ بكرٍ ، ثم عمرو أحال خالداً علىٰ بكرٍ ، ثم خالدٌ أحال عبدَ الله علىٰ بكرٍ ، فهـٰذا جائز . وقد تعدد المحتال في هـٰذه الصورة والمحال عليه واحد ، وفي الصورة الأولىٰ تعدد المحال عليه ، والمحتال واحد .

فَرْعٌ : **٤٢٧٠ـ** إذا جنىٰ علىٰ إنسانٍ ؛ والتزم الأرشَ، وجُني عليه، فاستحقَّ الأرشَ ، فإن كان الأرشان دراهم أو دنانير ، جازت الحوالة . وإن كان الأرشُ إبلاً من الجانبين ، فهـٰذا ينبني علىٰ ما قدمناه من أن الحوالة هل تجري في غير ذواتِ الأمثالِ ؟ فإن قلنا : إنها تختص بذواتِ الأمثال ، فالحوالة فاسدة في مسألتنا هـٰذه . وإن قلنا : / إنها تجري في كل موصوفٍ مستقرٍّ في الذمة ، فهل تجري في إبل الدية ؟ فعلىٰ وجهين مَبْنِيَّيْنِ علىٰ أن الاعتياض عن إبل الدية هل يجوز ؟ وفيه قولان سبق ذكرهما . وسيأتي استقصاؤهما في الديات، إن شاء الله تعالىٰ .

٢٣٦ ش

فَرْعٌ : **٤٢٧١ـ** إذا ضمن مالاً بإذن المضمون عنه ، وأحال المضمونَ له بذلك المال الذي ضمنه علىٰ واحد ، رجع على المضمون عنه ، كما لو أدّاه . ولو ضمن رجلان ألفاً عن واحدٍ ، كل واحد منهما ضمن نصفَه ، ثم ضمن كل واحد من الضّامنين عن صاحبه ، فلو أحال أحدهما المضمونَ له بالألفِ علىٰ واحدٍ ، فإنه يرجع بخمسمائةٍ على المضمون عنه ، وبخمسمائةٍ علىٰ صاحبه الضامن . وهـٰذا لا إشكالَ فيه .

فَرْعٌ : **٤٢٧٢ـ** قال **المزني** : وإذا باع رجل عبداً من رجل بألف درهم ، فأحال البائع رَجُلاً له عليه ألف على المشتري ، ثم تصادق البائع والمشتري علىٰ أن المبيع كان حُرّاً ، ينقطع العقد بينهما ، ولا يُحكم ببطلان الحوالةِ في حق ذلك الثالث ، إلا أن يصدِّقَهما ، فإن لم يصدقْهما ، فلا يُقبل قولُهما عليه(١) . وليس كما لو رد المشتري

---

(١) ر . المختصر : ٢/ ٢٢٧ .

ي ٢٣٧ العبدَ بعيبٍ قديم ؛ فإنا قد نقول في وجهٍ غريب : / إن الحوالةَ ترتفع ، والفرق أن الرد واقعٌ لا سبيل إلىٰ إنكاره ، وهو أمرٌ منشأ ، والمتبايعان فيما نحن فيه أخبرا عن حرية المبيع ، والخبر يتردَّد بين الصدق والكذبِ ، فلو صدقهما المحتال ، قطعنا ببطلان الحوالةِ ، والمسألة في هـٰذا الطرفِ تنفصل عن الرد بالعيب أيضاً ؛ فإن الأصح بقاء الحوالة وإن جرى الرد ؛ فإنا نقدر الحوالة معاوضة برأسها ، متعلقة بحق ثالث ، فلا يمتنع تقدير بقائها ، وإن ارتفع العقد ؛ فإنَّا لا نتبين بالرّد أن [الثمن](١) لم يكن قبل الرد . وإذا تصادقوا علىٰ حرية المبيع ، تبينا أن أصل الثمن لم يثبت ، فلا نتصور ثبوتَ الحَوالة ؛ فإن بقاء الشيء فرْعٌ علىٰ ثبوتِ أصله ، وهـٰذا واضح .

فَرْعٌ : **٤٢٧٣ـ** قال **صاحب التقريب** : إذا أحال الرجل غريمَه علىٰ رجلٍ ، ثم بان المحال عليه عبداً ، فلا يخلو : إما أن يبين أنه عبد لأجنبي ، أو يبين أنه عبد للمحيل ، ش ٢٣٧ فإن بان أنّه عبد لأجنبي ، وكان لهـٰذا المحيل [علىٰ هـٰذا العبد](٢) / دينٌ في عنقه ، يتبعه به إذا عَتَق . قال **صاحبُ التقريب** : الحوالة صحيحة ، وهي بمثابة الحوالة علىٰ معسرٍ في ذمته دين ، ثم المحتال يطالبُ العبدَ بعد عتقه .

فلو لم يعلم كونَه عبداً ، ثم علم ، فهـٰذا يترتب على الفصل المقدم ، في أن المحتال إذا اطلع علىٰ إعسار المحال عليه ، وما كان عالماً بإعساره عند الحوالة ، فإن قلنا : للمطّلع علىٰ إعسار المحال عليه الخيارُ ، فلأن يثبت الخيار هاهنا أولىٰ . وإن قلنا : لا خيار للمطلع على الإعسار ، ففي هـٰذه الصورة **وجهان** ؛ إذ طريان العتق ليس ممَّا يُعدّ من ميسور الأمور ، واليسار والإعسار متعاقبان .

وما ذكرناه فيه إذا كان العبدُ لأجنبي ، فأمّا إذا كان العبد للمُحيل ، قال **صاحب التقريب**: إن كان كسوباً ، ينبغي أن يتعلق الدين بكسبه ، وإن كان غير كسوبٍ ، كان متعلّقاً بذمتهِ .

٤٢٧٤ـ وهـٰذا كلام مختلط لا أصل له . والوجه أن نقول : لا يتصوّر أن يكون للسيد علىٰ عبده دينٌ يتعلق بذمته ، أو في كسبه ، إلا في صورةٍ واحدةٍ ، سنشير إليها

(١) في الأصل : اليمين . وهو تصحيفٌ ظاهر .
(٢) مطموس بالأصل ، والمثبت تقدير منا .

آخراً . وإذا كان كذلك ، فحوالة [السيد علىٰ][١] مملوكه باطلة ، إلا أن تجوز الحوالة علىٰ من لا/ دين عليه ، وقد ذكرنا أن تحقيق ذلك يرجع إلىٰ [الضمان][٢] ، وكأن العبد ضمن عن سيده ، وسيأتي شرح ذلك في كتاب الضمان، إن شاء الله . ٢٣٨ ي

ثم إذا صحَّ، نُظر : فإن كان الضمان بإذن السَّيد ، تعلق بكسب العبد إن كان له كسب ، وإن لم يكن ، فبذمته ، ومن ضرورة كل ما يتعلق بالكسب أن يتعلق بالذمة .

ويتصور للسيد علىٰ عبده دينٌ يتعلق بذمته علىٰ أحد **الوجهين** ، وذلك أن من ثبت له دين علىٰ عبد الغير ، ثم ملكه ، ففي وجهٍ يقسط الدين عن ذمته بالملك الطَّارىء ، وفي وجهٍ يبقىٰ عليهِ يتبعه به إذا عَتَق ، فعلىٰ هـٰذا يمكن تقدير حوالة السيد علىٰ عبده .

فَرْعٌ : **٤٢٧٥**- إذا أحال رجلاً له عليه ألفُ درهم ، علىٰ رجلين ، علىٰ كل واحد منهما خمسمائة درهم، وشرط في الحوالة أن يكون كل واحد منهما كفيلاً ضامناً عن صاحبه .

قال **ابن سريج** : في صحة هـٰذه الحوالة **وجهان** مبنيان علىٰ أن المعاوضة مغلّبة على الحوالة ، أو معنى الاستِيفاء : فإن غلّبنا المعاوضة ، لم يمتنع شرطُ الوثيقة فيها ، وإن غلبنا الاستيفاء ، امتنع ذلك ، فإن [الضمان إنما][٣] / يشترط في المعاوضات . وهـٰذا التردّد يلتفت علىٰ أنه هل يثبت في الحوالة خيار المجلس والشرط[٤] . ٢٣٨ ش

* * *

---

(١) مطموس تماماً في الأصل .
(٢) مطموسة في الأصل . وأثبتناها تقديراً منا .
(٣) ما بين المعقفين مطموس في الأصل .
(٤) « تم الجزء العاشر من نهاية المطلب بحمد الله تعالىٰ وحسن توفيقه
وصلى الله علىٰ محمد وعلىٰ آله وصحبه وسلم وشرف وكرَّم وعَظَّمَ
يتلوه في الجزء الحادي عشر إن شاء الله تعالىٰ كتاب الضّمان » .



مُحتَوى الكِتَاب

المحتوى | الصفحة

كتاب التفليس ٣٠٣

كتاب الصلح ٤٤٧

* * *